Wirtschaftslenkung
und marktgerechte Maßnahmen

Uber die Ermächtigungen zur Wirtschaftslenkung nach dem Wirtschaftssicherstellungsgesetz vom 24.8.1965

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

1966

vorgelegt von

VOLKHART SCHMIDT

aus Hannover

1967

Wirtschaftslenkung
und marktgerechte Maßnahmen

Uber die Ermächtigungen zur Wirtschaftslenkung nach dem Wirtschaftssicherstellungsgesetz vom 24.8.1965

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

VOLKHART SCHMIDT

aus Hannover

1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Gerd Rinck
Mitberichterstatter: Professor Dr. Peter Badura
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1966

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Einleitung		
§ 1.	Die Aufgabenstellung	1
§ 2.	Die Vorgeschichte des Wirtschaftssicherstellungsgesetzes von 1965 und die "Rezeption" des Begriffs "marktgerechte Maßnahmen"	5
	1. Die Vorläufer des WSG von 1965	5
	2. Die Entstehungsgeschichte des WSG 1965	9
	3. Die "Rezeption" des Begriffs "marktgerechte Maßnahmen"	12
Erster Abschnitt: Allgemeine Grundlagen		
§ 3.	Die Bedeutung wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen bei der Auslegung wirtschaftsrechtlicher Normen	14
	1. Die Fragestellung	14
	2. Die Ansichten des Schrifttums. Kritischer Überblick	16
	3. Die Denkform der "Natur der Sache" in der Methode der juristischen Interpretation	24
	4. Insbesondere: zur Auslegung "rezipierter" wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe	29
§ 4.	"Wirtschaftslenkung"	34
	1. Der Begriff "Wirtschaftslenkung"	34
	2. Wirtschaftswissenschaftliche Begründung der Wirtschaftslenkung	46
	3. Systematisierung wirtschaftslenkender Maßnahmen	57
§ 5.	"Marktgerechte Maßnahmen"	62
	1. Die Entstehung des Begriffs	63
	2. Der Inhalt des Begriffs in der ordoliberalen Theorie	65
	3. Die Kritik des ordoliberalen Konformitätsbegriffs	71
	4. Die moderne Ansicht: Stufen der "Systemkonformität"	76
§ 6.	Das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz	77
	1. Historischer Rückblick	79
	2. Das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz und Art. 80 GG	87
	3. Das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz als "Maßnahmegesetz"	97

Seite

Zweiter Abschnitt: Das Wirtschaftssicherstellungsgesetz als wirtschaftslenkendes Ermächtigungsgesetz

§ 7. Der Zweck der Ermächtigungen der §§ 1, 14 WSG 104

1. Bedarfsdeckung für Zwecke der Verteidigung 105

2. Bedarfsdeckung in einer Versorgungskrise 108

§ 8. Inhalt und Ausmaß der Ermächtigungen des WSG: der sachliche Geltungsbereich und die zugelassenen Maßnahmen 117

1. Der sachliche Geltungsbereich: das Gebiet der gewerblichen Wirtschaft 117

2. Zum Katalog der Maßnahmen des § 1 WSG 122

3. Abgrenzung von Sicherstellungsrecht (WSG) und Leistungsrecht (BLG) 130

§ 9. Voraussetzungen und Grenzen der Sicherstellung. Die Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG ("marktgerechte Maßnahmen") 132

1. Allgemeines zu § 2 WSG 132

2. Fragestellungen zur Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG 134

3. Der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Überblick und Kritik 136

§ 10. Fortsetzung. Das Tatbestandsmerkmal "marktgerechte Maßnahmen" 146

§ 11. Ermächtigungen zu einer marktgerechten Wirtschaftslenkung (Beispiele) 155

1. Freihändiger Erwerb und freihändige Veräußerung von Gütern, Vorratshaltung 155

2. Subventionen 158

3. Außenhandel, insbesondere Einfuhren 160

4. Maßnahmen der Bundesbank 161

§ 12. Die Verfassungsmäßigkeit des WSG 163

1. Die Verfassungsmäßigkeit nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG 163

2. Die Verfassungsmäßigkeit nach Art. 83 ff. GG 168

3. Die Verfassungsmäßigkeit nach Art. 2 Abs. 1, Art. 12, 14, 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG 174

Zusammenfassung 185

Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebs-Berater
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BLG	Bundesleistungsgesetz vom 19.10.1956
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, amtliche Sammlung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, amtliche Sammlung
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ESG	Gesetz über die Sicherstellung der Versorgung mit Erzeugnissen der Ernährungs- und Landwirtschaft sowie der Forst- und Holzwirtschaft (Ernährungssicherstellungsgesetz) vom 24.8.1965
FinArch	Finanzarchiv
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	Gesetzessammlung (des ehemaligen Preußen)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 5. Aufl. (in der 4. Aufl.: Handwörterbuch der Staatswissenschaften)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
Recht und Staat	Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (Schriftenreihe)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, amtliche Sammlung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
SOG	(Niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (i.d.F. v. 23.4.1955)
SozJahrb	Jahrbuch für Sozialwissenschaft
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909
VSG	Gesetz zur Sicherstellung des Verkehrs (Verkehrssicherstellungsgesetz) vom 24.8.1965
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WeltwArch	Weltwirtschaftliches Archiv
WjGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 (Weimarer Reichsverfassung)
WSG	Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (Wirtschaftssicherstellungsgesetz) vom 24.8.1965
WSG 1951	Gesetz für Sicherungsmaßnahmen auf einzelnen Gebieten der gewerblichen Wirtschaft vom 9.3.1951
WSG 1956	Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft vom 24.12.1956
WSG 1959	Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft vom 22.12.1959
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Literaturverzeichnis

ARNDT, A.	Rechtsdenken in unserer Zeit, 1955 (Recht und Staat Heft 180)
BÄCHLE, Alfons	Marktkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen Diss. Freiburg i.Br. 1952
BACHOF, O.	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in: JZ 1955, 97 ff.
BALLERSTEDT, K.	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung in: AöR Bd. 74 (1948) S. 129 ff.
ders.	Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler (1957) S. 369 ff.
ders.	Wirtschaftsverfassungsrecht in: Handbuch der Grundrechte (hrsg. von Bettermann, Nipperdey und Scheuner) Bd. III 1 (1958) S. 1 ff.
BÖHM, F.	Wettbewerb und Monopolkampf, 1933
ders.	Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung in: SJZ 1946, 141 ff.
ders.	Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950 (Recht und Staat Heft 153/154)
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Stand: 15. Lieferung, Zweitbearbeitung, 1965)
BULLINGER, M.	Der überregionale Verwaltungsakt in: JuS 1964, 228 ff.
ders.	Umbildung des Verwaltungsrechts durch Planung in der DDR in: KAISER, Planung I S. 189 ff.
COING, H.	Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften in: RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER (siehe dort) S. 1 ff.
DÖRGE, F.-W.	Der neuliberale Interventionismus im Wandel zweier Jahrzehnte in: Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik ohne Dogma (hrsg. von Ortlieb), 1954, S. 124 ff.
DOHRENDORF, E.-M.	Das Problem der Marktkonformität wirtschaftspolitischer Mittel in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft Bd. 3 (1952) S. 22 ff.

DÜRIG, G.	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat in: JZ 1953, 193 ff.
ders.	Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein-polizeilichen Maßnahmen in: AöR Bd. 79 (1953/54) S. 57 ff.
EBISCH, Frank	Das neue Wirtschaftssicherstellungsgesetz in: BB 1966, 22 ff.
EHLERMANN, Claus-Dieter	Wirtschaftslenkung und Entschädigung Diss. Heidelberg 1957 (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 2)
EHMKE, H.	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960 (Recht und Staat Heft 230/231) (zit.: Ermessen)
ders.	Wirtschaft und Verfassung (Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung), 1961, S. 1 bis 87.
ders.	"Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend (1962), S. 44 ff.
ENGISCH, K.	Einführung in das juristische Denken, 1956
EUCKEN, W.	Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung in: ORDO Bd. II (1949) S. 1 ff.
ders.	Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl. 1959 (zit.: Grundlagen)
ders.	Grundsätze der Wirtschaftspolitik (hrsg. von Edith Eucken und K. Paul Hensel), 1952 (zit.: Grundsätze)
EULENBURG, F.	Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 1938
EVERS, H.-U.	Verfassungsrechtliche Bemerkungen zu den Entwürfen der "Einfachen Notstandsgesetze" in: JZ 1964, 697 ff.
EYERMANN, E. und FRÖHLER, L.	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 1963
FACIUS, F.	Wirtschaft und Staat. Die Entwicklung der staatlichen Wirtschaftsverwaltung vom 17. Jahrhundert bis 1945. 1959 (Schriften des Bundesarchivs Bd. 6)
FORSTHOFF, E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1961
ders.	Über Maßnahme-Gesetze in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jullinek (1955) S. 221 ff.
FRIESENHAHN, E. und PARTSCH, K.J.	Parlament und Regierung im modernen Staat in: VVDStRL Heft 16 (1958) S. 9 ff., 74 ff.

FÜSSLEIN	Der überregionale Verwaltungsakt in: DVBl. 1951, 33 ff.
GEBAUER, W.	Kriegswirtschaft, Artikel in HdSW Bd. 6 (1959) S. 391 ff.
ders.	Verteidigungswirtschaft, Artikel in HdSW Bd. 11 (1961) S. 259 ff.
GÜLICHER, H.	Ein einfaches ökonometrisches Dezisionsmodell zur Beurteilung der quantitativen Auswirkungen einiger wirtschaftspolitischer Maßnahmen für die Wirtschaft der Bundesrepublik in: ZStaatsW Bd. 117 (1961) S. 56 ff.
GYGI, F.	Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, 1958
HÄBERLE, Peter	Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz Karlsruhe 1962 (Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 21)
HAMANN, A.	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953 (zit.: Rechtsstaat)
ders.	Das Sicherstellungsgesetz in verfassungsrechtlicher Sicht in: BB 1957, 94 ff.
ders.	Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958 (zit.: Wirtschaftsverfassungsrecht)
ders.	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Aufl. 1961 (zit.: GG)
HÄTTICH, M.	Wirtschaftsordnung und katholische Soziallehre, 1957
HAUSSLEITER, O.	Maßnahmerecht und Dauerrecht auf dem Gebiet der wirtschaftspolitischen Verordnungs- und Gesetzgebung in: DöV 1956, 143 ff.
HAYEK, F.A.	Der Weg zur Knechtschaft (hrsg. von W. Röpke, übersetzt von E. Röpke, deutsche Ausgabe von The Road to Serfdom, London 1944), Erlenbach-Zürich o.J. (1946)
HENKEL, H.	Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964
HENSEL, K.P.	Ordnungspolitische Betrachtungen zur katholischen Soziallehre in: ORDO Bd. II (1949) S. 229 ff.
ders.	Ordnung der Wirtschaft als wissenschaftliches Problem in: ORDO Bd. XV/XVI (1965) S. 3 ff.
HERZOG, R.	Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, 2. Band (1963) S. 399 ff.

HEYMANN, E.	Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft, 1921
HUBER, E.R.	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I und II, 1953 und 1954
ders.	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht in: DöV 1956, 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff.
HUBER, Konrad	Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963 (Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 14)
IPSEN, Hans P.	Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung in: KAISER, Planung I S. 35 ff.
ders.	Gesetzliche Bevorratungspflicht Privater in: AöR Bd. 90 S. 393 bis 440
ISAY, R.	Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler (1957) S. 403 ff.
JAHR, G.	Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft in: RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER (siehe dort) S. 14 ff.
JESCH, D.	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht in: AöR Bd. 82 (1957) S. 163 ff.
JÖHR, W.A.	Das Modell der vollkommenen Konkurrenz in: Konkurrenz und Planwirtschaft, 1946 (Beiträge zur theoretischen Nationalökonomie, hrsg. von der Studiengruppe für theoretische Nationalökonomie der schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, Bern), S. 17 ff.
ders.	Subsidiaritätsprinzip und Marktwirtschaft in: Naturordnung in Gesellschaft, Staat, Wirtschaft, Festschrift für Johannes Messner zum 70. Geburtstag (1961) S. 616 ff.
KAHN, R.	Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft, 1918
KAISER, J.H. (Herausgeber)	Planung I. Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft, 1965
KAISER, J.H.	Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung in: KAISER, Planung I S. 11 ff.
KAUFMANN, Arthur	Analogie und "Natur der Sache", 1965 (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 65/66)

KATZENSTEIN, D.	Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949 in: DöV 1958, 593 ff.
KLEIN, Friedrich	Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht (Vorbericht); Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht (Referat) in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952, S. 7 ff., 79 ff.
KLINGER, H.	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl. 1964
von KÖHLER, K.H.	Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung? in: NJW 1964, 369 ff.
ders.	Gefährliche Ideologie im Kartellrecht in: NJW 1964, 2229 ff.
KÖLBLE, J.	Die Lehre von den stillschweigenden Verwaltungszuständigkeiten des Bundes in: DöV 1963, 660 ff.
KÖTTGEN, A.	Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung in: JöR Bd. 11 (1962) S. 180 ff.
KRAUSE, H.	Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil in: Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag (1959) S. 413 ff.
KRÜGER, Herbert	Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG in: DöV 1955, 597 ff.
ders.	Allgemeine Staatslehre, 1964
KÜNG, E.	Der Interventionismus. Volkswirtschaftliche Theorie der staatlichen Wirtschaftspolitik, 1941
ders.	Interventionismus, Artikel in HdSW Bd. 5 (1956) S. 321 ff.
LARENZ, K.	Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung in: Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag (1958) S. 275 ff.
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
LAUTERBACH, A.	Psychologie des Wirtschaftslebens, 1962 (rowohlts deutsche enzyklopädie Bd. 143)
LERCHE, P.	Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung in: DöV 1961, 486 ff.
ders.	Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, Rechtsgutachten, 1963

MAIER, K.F.	Transformation der Wirtschaftsordnung in: Wirtschaftsfragen der freien Welt, Festschrift für Ludwig Erhard zum 60. Geburtstag (1957) S. 151 ff.
v. MANGOLDT, H.	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1953 (zit.: GG)
v. MANGOLDT, H. und KLEIN, F.	Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1957
MARBACH, F.	Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, o.J. (1951)
MAUNZ, Th.	Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl. 1965
MAUNZ, Th. und DÜRIG, G.	Grundgesetz, Kommentar, Bd. I und II, Lieferung 1 bis 7, 1964 (zit.: GG)
MEINHOLD, H.	Subventionen, Artikel in HdSW Bd. 10 (1959) S. 236 ff.
MENGER, C.-F.	Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953 (Recht und Staat Heft 173)
ders.	Das Gesetz als Norm und Maßnahme in: VVDStRL Heft 15 (1957) S. 3 ff.
MENGES, G.	Ökonometrie und Marktwirtschaft in: Volkswirtschaftliche Korrespondenz der Adolf Weber - Stiftung, Frankfurt/Main, 1963, Heft Nr. 17
MESSNER, J.	Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, 3. Aufl. 1958
MESTMÄCKER, E.-J.	Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht in: RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER (siehe dort) S. 103 ff. ferner abgedruckt in: JuS 1963, 417 ff.
MIKSCH, L.	Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl. 1947
ders.	Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob in: ZStaatsW Bd. 105 Heft 2 (1949)
ders.	Die sittliche Bedeutung der inneren Koordination in: ORDO Bd. III (1950) S. 29 ff.
v. MISES, L.	Preistaxen (Theorie) in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6, 4. Aufl. (1925), S. 1055 ff. (zit.: HdSW)
ders.	Kritik des Interventionismus, 1929
MORGENSTERN, O.	Die Grenzen der Wirtschaftspolitik, 1934

MÜLLER, Heinz-J. (unter Mitarbeit von B. Dietrichs und J. Klaus)	Grenzen der Raumpolitik im Rahmen einer Marktwirtschaft. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Marktkonformität in: ORDO Bd. XII (1960/61) S. 147 ff. (S. 159 ff.)
MÜLLER, Heinz-J.	Kriterien für die Beurteilung staatlicher Einflußnahme auf die Wirtschaft in: KAISER, Planung I S. 307 ff.
MÜLLER-ARMACK, A.	Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, 1947
ders.	Die Wirtschaftsordnung sozial gesehen in: ORDO Bd. I (1948) S. 125 ff.
ders.	Zur Deutung unserer gesellschaftlichen Lage. Zu Wilhelm Röpkes Trilogie in: ORDO Bd. III (1950) S. 253 ff.
ders.	Soziale Marktwirtschaft, Artikel in HdSW Bd. 9 (1956) S. 390 ff.
v. MÜNCH, I.	Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip in: JZ 1960, 303 ff.
NAWIASKY, H.	Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaus, 1935
v. NELL-BREUNING, O.	Thesen zu einer Grundsatzdebatte in: FinArch Bd. 13 (1951/52) S. 397 ff.
NEUMANN, Peter	Wirtschaftslenkende Verwaltung. Diss. Heidelberg 1957 (Heft 2 der Schriftenreihe "res publica", Stuttgart 1959)
NIPPERDEY, H.C.	Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts in: Recht- Staat-Wirtschaft Bd. 3 (1951) S. 223 ff.
ders.	Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954 (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 10)
ders.	Freie Entfaltung der Persönlichkeit in: Handbuch der Grundrechte (hrsg. von Bettermann und Nipperdey) Bd. IV, 2 (1962), S. 741 ff., 861 ff.
ders.	Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. (neubearbeitete) Aufl. 1965 (Kartellrundschau Heft 2)
ORTLIEB, H.-D.	Wandlungen des Sozialismus, 1947
PAETZOLD, Frank	Das Bundesleistungsgesetz und seine Funktion in der gegenwärtigen Rechtsordnung Diss. Göttingen 1961
PARTSCH, K.J.	Zur Methodik des öffentlichen Wirtschaftsrechts in: ORDO Bd. IX (1958) S. 353 ff.

PETERS, H.	Freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel in: Festschrift für Rudolf Laun zum 70. Geburtstag (1953) S. 669 ff.
ders.	Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963
PÜTZ, Th.	Theorie der Allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung, 1948 (zit.: Theorie)
ders.	Die wirtschaftspolitische Konzeption in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F. Bd. 18 (1960) S. 9 ff.
RADBRUCH, G.	Die Natur der Sache als juristische Denkform in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun (zum 65. Geburtstag 1948), S. 157 ff., zitiert nach der selbständiger Ausgabe (Wissenschaftliche Buchgemeinschaft Darmstadt 1960)
ders.	Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963 (hrsg. von Erik Wolf)
ders.	Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl. 1964 (hrsg. von K. Zweigert)
RAISER, L.	Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem in: Festschrift für Julius von Gierke (1950) S. 181 ff.
ders.	Vertragsfreiheit heute in: JZ 1958, 1 ff.
RAISER, L., SAUERMANN, H. und SCHNEIDER, E.	Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik (Verhandlungen auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik in Würzburg 1963, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F. Bd. 33), 1964
RAISER, L.	Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung in: RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER (siehe dort) S. 51 ff.
RAU, W.	Wirtschaftslenkende Verwaltung in: DVBl. 1960, 337 ff.
REUSS, H.	Das Ermessen in: DVBl. 1953, 585 ff.
ders.	Der unbestimmte Rechtsbegriff in: DVBl. 1953, 649 ff.
RIDDER, H.	Preisrecht ohne Boden (zu BVerfGE 8, 274) in: AöR Bd. 87 (1962) S. 311 ff.
RIDDER, H. und STEIN, E.	Der permanente Notstand, Memorandum, 1963

RINCK, G.	Formen und verfassungsmäßige Grenzen der Bewirtschaftung in: MDR 1952, 524 ff.
ders.	Wirtschaftsrecht, 1963 (zit.: Lehrb.)
RITSCHL, H.	Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik in: WeltwArch Bd. 65 (1950) S. 218 ff.
RÖPKE, W.	Staatsinterventionismus, Artikel im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Ergänzungsband (1929), S. 861 ff. (zit.: HdSW)
ders.	Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, 5. Aufl. 1948 (zit.: Gesellschaftskrisis)
ders.	Ist die deutsche Wirtschaftspolitik richtig? Analyse und Kritik (Gutachten im Auftrage der Deutschen Bundesregierung), 1950 (zit.: Gutachten)
ders.	Die Lehre von der Wirtschaft,, 8. Aufl. 1958
RÜSTOW, A.	Diskussionsbeitrag bei den Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik in Dresden 1932 in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 187 der alten Folge (1932) S. 62 ff. (zit.: Diskussionsbeitrag)
ders.	Zwischen Kapitalismus und Kommunismus in: ORDO Bd. II (1949) S. 100 ff.
SCHEUNER, U.	Der Bereich der Regierung in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag (1952) S. 253 ff.
ders.	Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat (1952) S. 118 ff.
ders.	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft in: VVDStRL Heft 11 (1954) S. 4 ff.
ders.	Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung. Zur Auslegung des Art. 12 GG in: DöV 1956, 65 ff.
ders.	Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit in: DöV 1960, 601 ff.
ders.	Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Planung in: KAISER, Planung I S. 67 ff.
SCHILLER, K.	Sozialismus und Wettbewerb, 1955
ders.	Wirtschaftspolitik, Artikel in HdSW Bd. 12 (1962) S. 210 ff.

SCHMÖLDERS, G.	Steuersystem und Wettbewerbsordnung in: ORDO Bd. III (1950) S. 135 ff.
ders.	Konjunkturen und Krisen, 1955 (rowohlts deutsche enzyklopädie Bd. 3)
ders.	Geschichte der Volkswirtschaftslehre, 1962 (rowohlts deutsche enzyklopädie Bd. 163/64)
SCHNEIDER, Hans	Über Einzelfallgesetze in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag (1959) S. 159 ff.
SERAPHIM, H.J.	Theorie der Allgemeinen Volkswirtschaftspolitik, 2. Aufl. 1963
von SIMSON, W.	Planänderung als Rechtsproblem in: KAISER, Planung I S. 405 ff.
SMEND, R.	Verfassung und Verfassungsrecht (1928) Nachdruck in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze (1955) S. 119 ff.
ders.	Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1932), Nachdruck in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze (1955) S. 309 ff.
v. STACKELBERG, H.	Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in: ORDO Bd. II (1949) S. 193 ff.
ders.	Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1951
STEIN, E.	Untertanenstaat oder freiheitliche Demokratie? in: NJW 1965, 2384 ff.
STERN, K.	Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat in verfassungsrechtlicher Sicht in: DöV 1961, 325 ff.
STRATENWERTH, G.	Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957 (Recht und Staat Heft 204)
STRAUSS, W.	Diskussionsbeitrag und Vorwort in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat (1952) S. 170 ff., 1 ff. (zit.: Diskussionsbeitrag, Vorwort)
ders.	Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, 1957 (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 30) (zit.: Entwicklung)
STRICKRODT, G.	Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip in: JZ 1957, 361 ff.

SÜSTERHENN, A.	Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung in: Festschrift für Hans Nawiasky zum 75. Geburtstag (1956) S. 141 ff.
THALHEIM, K.C.	Zum Problem der Einheitlichkeit der Wirtschaftspolitik in: Festgabe für Georg Jahn zum 70. Geburtstag (1955) S. 577 ff.
TRIEPEL, H.	Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942
TUCHTFELDT, E.	Das Instrumentarium der Wirtschaftspolitik. Ein Beitrag zu seiner Systematik in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Bd. 2 (1957) S. 52 ff.
ders.	Zur Frage der Systemkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen (Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Bd. 18, 1960) S. 203 ff.
ULE, C.H.	Zur Anwendung unbestimmter Begriffe im Verwaltungsrecht in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1955) S. 309 ff.
VEIT, O.	Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaft in: RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER (siehe dort) S. 8 ff.
VOIGT, F.	Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland in: Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag (1958) S. 73 ff.
WACKE, G.	Verfassung und Polizeiverordnung in: DöV 1955, 456 ff.
WATRIN, Chr.	Zur Diskussion um das Problem der Marktkonformität in: Wirtschaftspolitische Chronik, 1957, Heft 1
WEBER, Werner	Zur Gültigkeit des Preisgesetzes in: DöV 1957, 33 ff.
WEHRHAHN, H.	Das Gesetz als Norm und Maßnahme in: VVDStRL Heft 15 (1957) S. 35 ff.
WERNER, J.	Probleme einer gemischten Wirtschaftsordnung in: ZStaatsW Bd. 117 (1961) S. 29 ff.
WIEACKER, F.	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952
WOLFF, Bernhard	Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz in: AöR Bd. 78 (1952/53) S. 194 ff.

ders.	Zur Zulässigkeit von "gesetzesändernden" Rechtsverordnungen in: JZ 1954, 628 ff.
WOLFF, Hans J.	Verwaltungsrecht, Bd. I, 6. Aufl. 1965
ZEIDLER, K.	Bundesverfassungsgericht und Maßnahmegesetz in: JZ 1960, 391 ff.

Einleitung

§ 1. Die Aufgabenstellung

Mit dem am 24.8.1965 verkündeten "Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (Wirtschaftssicherstellungsgesetz)" - BGBl. I S. 920 - haben Bundestag und Bundesrat ein Gesetz verabschiedet, das die Rechtsgrundlagen für eine umfassende Lenkung aller Wirtschaftsvorgänge - von der Gewinnung des Rohstoffs bis zur Zuweisung der Fertigerzeugnisse an den Endverbraucher - schaffen soll [1].

Das Gesetz gehört zu dem Bündel jener Gesetze, mit denen Vorsorge für den Fall eines äußeren oder inneren Notstands der Bundesrepublik Deutschland getroffen werden soll [2]. Es wird indes für das Gebiet der gewerblichen Wirtschaft keine umwälzende Veränderung der bisherigen Rechtslage herbeiführen. Das Gesetz tritt an die Stelle des am 30.6.1965 außer Kraft getretenen "Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft" vom 22.12.1959 [3], mit dem es in seinen Grundzügen weitgehend übereinstimmt. Für die Gebiete der Ernährungs- und Forstwirtschaft sowie für das Gebiet des Verkehrs, die bisher Lenkungs- und Bewirtschaftungsermächtigungen derart umfassenden Charakters wie die gewerbliche Wirtschaft nicht kannten, sind ent-

---

1) So die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1 WSG, BT-Drucks. IV/892 S. 9.

2) Hierzu gehören ferner die Sicherstellungsgesetze für die Ernährungs- und Verkehrswirtschaft (s. u. Anm. 4), für die Wasserwirtschaft (Ges. v. 24.8.1965, BGBl. I S. 1225), das Selbstschutzgesetz v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1240) und das Schutzbaugesetz v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1232). Vom 4. Bundestag nicht mehr verabschiedet, aber in Vorbereitung sind noch: ein Zivildienstgesetz (BT-Drucks. IV/450), ein Aufenthaltsregelungsgesetz (BT-Drucks. IV/895) und die Notstandsverfassung des GG (Gesetz zur Änderung des GG, bisheriger Regierungsentwurf in BT-Drucks. IV/891).

3) BGBl. I S. 785; das Gesetz ist mehrfach verlängert worden: durch Ges. v. 25.6.1962 (BGBl. I S. 425) bis zum 31.3.1963, durch Gesetz v. 23.3.1963 (BGBl. I S. 165) bis zum 30.6.1964, und schließlich, weil sich die Verabschiedung des WSG von 1965 weiter verzögerte, durch Ges. v. 26.6.1964 (BGBl. I S. 411) bis zum 30.6.1965.

sprechende Sicherstellungsgesetze verabschiedet [4]. Sie sind in ihren Grundsätzen, wie auch die Begründungen zu den Regierungsentwürfen hervorheben [5], an das WSG von 1965 und damit an das WSG von 1959 angelehnt.

Die drei Sicherstellungsgesetze sind in erster Linie mit dem Blick auf einen möglichen Verteidigungsfall konzipiert [6]. Mit ihnen ist es möglich, im Verordnungswege binnen kürzester Frist eine "wirtschaftliche Mobilmachung" anzuordnen. In Friedenszeiten dienen die Ermächtigungen dazu, bei drohenden oder eingetretenen Versorgungsschwierigkeiten einen Ausgleich zwischen dem Rüstungs- und Verteidigungsbedarf auf der einen und dem zivilen Verbrauch auf der anderen Seite mit Mitteln der Bewirtschaftung herzustellen. In eingeschränktem Umfang wird die Bundesregierung ferner ermächtigt, auch unabhängig von der Erfüllung von Verteidigungsaufgaben zur Überwindung von Versorgungskrisen wirtschaftslenkend tätig zu werden.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf eine Erörterung des WSG. Dabei ist nicht der Versuch zu machen, das gesamte Gesetz kommentarmäßig zu erläutern. Hierfür würde der Rückhalt an einer Anwendungspraxis dazu fast völlig fehlen, und zwar sowohl hinsichtlich des WSG als auch hinsichtlich seiner Vorläufer [7]. Es soll daher vorzugsweise auf allgemeine Probleme des "wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes" eingegangen werden. Die Ausführungen werden insoweit sinngemäß für die beiden anderen Sicherstellungsgesetze gelten können.

---

4) "Gesetz über die Sicherstellung der Versorgung mit Erzeugnissen der Ernährungs- und Landwirtschaft sowie der Forst- und Holzwirtschaft" (ESG) v. 24.8.1965 (BGBl. I S. 938) und "Gesetz zur Sicherstellung des Verkehrs" (VSG) v. 24.8.1965 (BGBl. I S. 927).

5) Zum ESG: BT-Drucks. IV/893 S. 10; zum VSG: BT-Drucks. IV/894 S. 13.

6) Das sagen auch die Begründungen zu den Regierungsentwürfen der Gesetze (Fundstellen in Anm. 1 und 5).

7) Dazu unten S. 5 ff.

Bei der Lösung wirtschaftsrechtlicher Fragestellungen ist stets ein allgemeines methodisches Problem zu beachten. Es fragt sich, welchen Einfluß die Theorien und Aussagen der Wirtschaftswissenschaften auf die Auslegung und Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen haben. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber, wie im WSG mit dem Begriff der "marktgerechten Maßnahmen" (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14), wirtschaftswissenschaftlich orientierte Begriffe zu Bestandteilen des gesetzlichen Tatbestands macht. Die vorliegende Untersuchung hat sich mit dieser methodischen Frage zu befassen und die gefundenen Ergebnisse in ihrer Ausführung anzuwenden.

Kennzeichnend für das WSG ist, daß es selbst nicht unmittelbar wirtschaftslenkend in die Rechtssphäre der Wirtschaftssubjekte eingreift. Das Gesetz ist - abgesehen von der Begründung von Auskunftspflichten und der Normierung von Strafvorschriften (§§ 19, 23 ff.) - ein "Ermächtigungsgesetz". Im Wege des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG wird für die Exekutive ein an Richtlinien gebundenes "Notverordnungsrecht" (in untechnischem Sinne [8]) auf wirtschaftlichem Gebiet geschaffen. Das WSG begnügt sich damit, die Empfänger der Ermächtigungen, die Bundesregierung und den Bundesminister für Wirtschaft, durch Aufstellung eines Katalogs von Maßnahmen, die im Notfall zu den im Gesetz genannten Zwecken eingesetzt werden können, an ein "Programm" zu binden.

Es ist zu untersuchen, inwieweit Ermächtigungsgesetze auf dem Gebiet der Wirtschaftslenkung überhaupt, und ob die Ermächtigungen des WSG im besonderen verfassungsrechtlich zulässig sind. Dabei stellt sich die Aufgabe, die §§ 1, 2 und 14 WSG auszulegen, um "Zweck, Inhalt und Ausmaß" der Ermächtigungen im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG konkretisieren zu können.

---

8) Das GG kennt - vorläufig noch - kein allgemeines Notverordnungsrecht der Exekutive (ein entsprechender Gesetzentwurf der Bundesregierung hat am 24.6.1965 nicht die 2/3 Mehrheit des Bundestages erreicht, Protokolle 4. Wahlperiode, 192. Sitzung, S. 9687 ff., 9762). Je nachdem, in welcher Form es eingeführt würde, könnte es eine Zweispurigkeit der Maßnahmekompetenz der Exekutive auf wirtschaftlichem Gebiet herbeiführen, ähnlich wie sie in der Weimarer Zeit im Verhältnis von Art. 48 WRV zu den damaligen wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzen bestand.

Beim WSG bedient sich der Gesetzgeber zur Einfügung der Staatsfunktion "Wirtschaftslenkung" in das Gefüge des gewaltenteilenden Rechtsstaats, die sich von jeher als ein Problem der Ermächtigung der Exekutive stellte, einer besonderen Technik. Die Summe möglicher wirtschaftslenkender Maßnahmen wird aufgespalten einerseits in einen kasuistisch aufgebauten und zugleich auch mit generalklauselhaften Wendungen arbeitenden Katalog von Maßnahmen, für die die Ermächtigungen des Gesetzes gelten (§§ 1, 2, 4 und 14 WSG), und andererseits in jene Maßnahmen, die als "marktgerecht" zuvor anzuwenden sind, im übrigen aber nicht unter die Ermächtigungen des WSG fallen. § 2 Abs. 1 lautet:

> "Rechtsverordnungen nach § 1 dürfen nur erlassen werden,
> 1. ...
> 2. wenn ihr Zweck durch marktgerechte Maßnahmen nicht, nicht rechtzeitig oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln erreicht werden kann."

In § 14 Abs. 1 WSG heißt es:

> "Rechtsverordnungen ... können außer für Zwecke des § 1 auch erlassen werden, um ..., soweit die Deckung des Bedarfs ... ernsthaft gefährdet ist und diese Gefährdung durch marktgerechte Maßnahmen, insbesondere durch Einfuhren, nicht, nicht rechtzeitig oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln behoben oder abgewendet werden kann."

Damit hat der Begriff der "marktgerechten Maßnahmen", der in der rechtswissenschaftlichen Literatur bisher unter dem Stichwort "marktkonform" im Zusammenhang mit dem "Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht" (HUBER) erörtert ist [9], für die Rechts- und Staatspraxis eine nicht unerhebliche Bedeutung gewonnen. Indem eine Subsidiarität der Maßnahmen nach dem WSG gegenüber den "marktgerechten Maßnahmen" angeordnet wird, erfahren die Befugnisse der Exekutive nach §§ 1 und 14 WSG eine wichtige Begrenzung [10].

Mit der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, eine für die Anwendung des WSG zutreffende und praktikable Umschreibung dieses aus der "ordoliberalen" Theorie der Wirtschaftspolitik entlehnten Begriffs zu geben.

---

9) HUBER, DöV 1956, 97 ff., 206; DÜRIG in Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 44; BVerfGE 4, 7 (17); NIPPERDEY, Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik S. 22 ff.

10) Dieselbe Klausel wie in § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14 WSG findet sich auch in §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 ESG, nicht dagegen im VSG.

§ 2. Die Vorgeschichte des Wirtschaftssicherstellungsgesetzes von 1965 und die "Rezeption" des Begriffs "marktgerechte Maßnahmen"

Die Vorgeschichte des WSG von 1965 und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes selbst sind eng verzahnt mit der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik. Das ist aufzuzeigen. Daneben ist der Frage nachzugehen, auf welche Weise und aus welchen Motiven des Gesetzgebers der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" in das Gesetz hineingekommen ist.

1. Die Vorläufer des WSG von 1965

Das WSG von 1965 hat drei direkte Vorläufer, die WSG von 1951, 1956 und 1959.

Am 30.6.1950 trat das Bewirtschaftungsnotgesetz des Wirtschaftsrates [1] außer Kraft. Die Wirtschaft der Bundesrepublik begab sich endgültig auf den Weg zu einer Marktwirtschaft. Schon am 26.10.1950 legte jedoch die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes vor, das aus Ermächtigungen zu Bewirtschaftungsmaßnahmen bestand [2]. Die Zielformel dieses Gesetzes - "... um den von den Besatzungsmächten für die gewerbliche Wirtschaft angeordneten Beschränkungen und Verpflichtungen nachzukommen ..." - war noch ganz auf die Gegebenheiten des Besatzungsregimes zugeschnitten. Der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages erweiterte aber den Zweck, zu dem von den Ermächtigungen (eingeschränkt) auch Gebrauch gemacht werden konnte, auf die Sicherstellung des deutschen zivilen Bedarfs [3]. Während der Ausschußberatungen war im Zusammenhang mit der Koreakrise die Anfälligkeit der westdeutschen gewerblichen Wirtschaft für Störungen auf den internationalen Rohstoffmärkten offenbar geworden. Der Bundestag beschloß den Ausschußentwurf als "Gesetz für Sicherungsmaßnahmen auf einzelnen Gebieten der gewerblichen Wirtschaft" [4]. Am umfassendsten waren die Ermächtigungen zugunsten der Anforderungen der Besatzungsmächte ausgestaltet

---

1) Gesetz v. 30.10.1947 (WiGBl. 1948 S. 3).

2) BT-Drucks. I/1510.

3) Schriftlicher Ausschußbericht: BT-Drucks. I/1679.

4) Verkündet am 9.3.1951 (BGBl. I S. 163).

(Regelungen über: Herstellung, Verarbeitung, Lagerung, Besitz, Lieferung, Bezug von Waren; ferner über die Anforderung von Werkleistungen [5]). Für die Sicherung des zivilen Bedarfs war der Katalog enger gefaßt und auf bestimmte Warengruppen beschränkt. Manche Rohstoffe, Halbwaren und Vorerzeugnisse konnten nur Vorschriften über die Verwendung und über Vorratshaltungen unterworfen werden. Fertigerzeugnisse wurden allgemein nicht erfaßt [6]. In seinem § 1 Abs. 2 enthielt das WSG 1951 bereits die Einschränkung, daß Vorschriften zum Zwecke der Deckung des volkswirtschaftlich wichtigen Bedarfs nicht erlassen werden durften, wenn die Bedarfsdeckung "durch andere Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft" sicherzustellen war.

Das WSG 1951 wurde mehrfach verlängert und geändert [7]. Bedeutung hatte hauptsächlich die Änderung durch das Gesetz vom 5.5.1951. Den damaligen Zahlungsbilanzschwierigkeiten entsprechend wurde der Bundesregierung eine katalogmäßige Festlegung von Prioritäten für solche Waren ermöglicht, die für die gesamtwirtschaftlich dringliche Ausfuhr und zur Sicherstellung der Einfuhr von volkswirtschaftlich wichtigen Mangelrohstoffen benötigt wurden.
Von den Ermächtigungen des WSG 1951 ist in größerem Umfang Gebrauch gemacht worden [8]. Ein besonders gutes Beispiel bietet die VO Nichteisenmetalle 1/51 [9]. Sie regelte zugleich Lieferung, Bezug, Absatz, Vorratshaltung und Meldepflichten.

Noch vor Außerkrafttreten des Gesetzes am 30.9.1954 hatte die Bundesregierung den "Entwurf eines Gesetzes über die Sicherstellung der Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft" vorgelegt [10]. Hierin war eine Ermächtigung zur Wirtschaftslenkung im Interesse des zivilen Be-

---

5) § 1 Abs. 1 Nr. 3 und 4 WSG 1951.

6) § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 2 WSG 1951.

7) Gesetze v. 5.5.1951 (BGBl. I S. 298); v. 25.6.1952 (BGBl. I S. 337); v. 25.3.1953 (BGBl. I S. 69); v. 28.5.1953 (BGBl. I S. 265): Verlängerung bis zum 30.9.1954.

8) Zum Beispiel: VO Kohle 1/51 v. 22.3.1951 (BAnz. Nr. 59), VO Eisen 1/51 v. 21.3.1951 und VO Edelmetalle vom gleichen Tage (BAnz. Nr. 59), VO Bau v. 21.12.1951 (BAnz. Nr. 249).

9) v. 4.5.1951 (BAnz. Nr. 87).

10) BT-Drucks. II/794.

darfs nicht vorgesehen. Vielmehr bezog sich der Entwurf nur auf die Deckung von Verteidigungsbedarf. Aktueller Anlaß war die Wiederaufrüstung der Bundesrepublik im Rahmen der seinerzeit geplanten Europäischen Verteidigungsgemeinschaft. So war ein enger Zusammenhang mit den Beratungen des Bundesleistungsgesetzes gegeben. Die Behandlung des Entwurfs des Sicherstellungsgesetzes wurde daher vorerst zurückgestellt. Nach Verabschiedung des Bundesleistungsgesetzes (19.10.1956) griff man den Entwurf wieder auf. Die entscheidenden Ausschußberatungen fanden am 28. und 30.11.1956 statt. Sie standen unter dem Eindruck der Ungarn- und Suezkrise und der durch diese Krisen hervorgerufenen Spannungen auf den Weltrohstoffmärkten. Es trat wiederum das ein, was seinerzeit bei den Beratungen des WSG 1951 geschehen war: der Wirtschaftsausschuß gestaltete den Regierungsentwurf gründlich um [11]. Der Zweck der Ermächtigungen wurde dahingehend ausgedehnt, auch die Deckung des lebenswichtigen Bedarfs auf dem zivilen Sektor sicherzustellen. Das Wort "Suezkrise" wurde allerdings von den Sprechern der Ausschuß- und Parlamentsmehrheit später im Bundestag nicht gebraucht [12]. Im Ausschußentwurf war ferner nicht mehr nur verschämt von der "Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen", sondern - entsprechend der nunmehr im Rahmen der Nordatlantischen Verteidigungsgemeinschaft erfolgenden Aufrüstung - klar von "Verteidigungsaufgaben" die Rede. Das bis zum 30.12.1957 befristete "Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft" wurde am 7.12.1956 beschlossen und am 24.12.1956 verkündet [13].

Bemerkenswert ist, daß das Parlament sowohl beim WSG 1951 als auch beim WSG 1956 der Regierung größere Vollmachten einräumte, als diese ursprünglich verlangt hatte. Im übrigen liegt der wesentliche Unterschied zwischen beiden Gesetzen darin, daß man die Ermächtigungen zur Regulierung von Herstellung, Verarbeitung, Lagerung, Lieferung und Bezug von Waren nicht mehr nach Warengruppen

---

11) Schriftlicher Ausschußbericht: BT-Drucks. II/2943.
12) Sitzung vom 7.12.1956, Protokolle 2. Wahlperiode S. 9897 ff.
13) BGBl. I S. 1070.

und zivilem oder verteidigungswichtigem Bedarf differenzierte. Im Gegensatz zum WSG 1951 ermöglichte das WSG 1956 insbesondere auch die Bewirtschaftung von Fertigerzeugnissen. Einbezogen wurde in das WSG 1956 ferner die Lenkung der Elektrizitätswirtschaft. Von den Ermächtigungen des WSG 1956 hat die Exekutive indes nie Gebrauch gemacht. Der Regierungsentwurf eines Verlängerungsgesetzes [14] wurde wegen Ablaufs der Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet.

Offenbar ermutigt dadurch, bei der Parlamentsmehrheit bisher auf keinen wesentlichen Widerstand bei dem Wunsch nach Vollmachten zur Bewirtschaftung gestoßen zu sein, weist die Bundesregierung in ihrer Begründung zum WSG 1959 darauf hin, daß die Exekutive auch unabhängig von akuten Krisen stets vorsorglich über derartige Ermächtigungen verfügen müsse [15]. Das sei durch die hohe Abhängigkeit der deutschen Wirtschaft vom Weltmarkt geboten. Hier auftretende Störungen pflanzten sich schnell auf die binnenwirtschaftliche Versorgungslage fort. Eine verzögerliche Bekämpfung von Versorgungskrisen sei nicht zu vertreten. Bei der gesetzgeberischen Behandlung eines Ermächtigungsgesetzes angesichts eingetretener oder bevorstehender Krisen seien unerwünschte Reaktionen der Bevölkerung zu besorgen (Hortungskäufe), welche die dann zu treffenden Maßnahmen um einen Teil ihrer Wirkung bringen könnten. Der Wirtschaftsausschuß des Bundestages brachte, bis auf die Einführung des Zustimmungserfordernisses des Bundesrates für bestimmte Rechtsverordnungen, keine besonderen Einwände gegen den Entwurf vor [16], der im wesentlichen dem WSG 1956 entsprach. Unter dem 22.12.1959 wurde er als "Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft" verkündet [17]. Ursprünglich befristet bis zum 30.6.1962 (§ 9 WSG 1959), wurde das Gesetz mehrfach verlängert [18], aber, wie das WSG 1956, niemals angewendet.

---

14) BT-Drucks. III/129.

15) BT-Drucks. III/1096.

16) Schriftlicher Ausschußbericht: BT-Drucks. III/1348.

17) BGBl. I S. 785.

18) Oben Anm. 3 auf S. 1.

2. Die Entstehungsgeschichte des WSG 1965

Bei der planenden Vorsorge für den Fall eines äußeren Notstands erschienen der Bundesregierung die ihr mit dem WSG 1959 eingeräumten Vollmachten, auch in Verbindung mit dem Bundesleistungsgesetz, nicht als ausreichend, und zwar weder für die Vorbereitung auf einen Verteidigungsfall im Frieden, noch für die tatsächliche Verteidigung im Ernstfall [19]. So brachte sie den Entwurf eines in seinem sachlichen Geltungsbereich und im Umfang der Delegationen gegenüber dem WSG 1959 erheblich erweiterten Sicherstellungsgesetzes zusammen mit den Entwürfen anderer sogenannter Notstandsgesetze am 14.1.1963 im Bundestag ein [20].

Grundgedanke der Verteidigungskonzeption der Bundesrepublik als Partner des Nato-Bündnisses ist nach den offiziellen Stellungnahmen [21] die "Strategie der Abschreckung". Die Wirksamkeit dieser schon auf die Verhinderung eines Krieges zielenden Strategie setzt angesichts der modernen Waffentechnik die permanente "Verteidigungsbereitschaft" voraus, die praktisch ohne jeden zeitlichen Anlauf (Mobilmachung alter Art) zur "Verteidigung" aktualisiert werden könnte. Nur so kann das Risiko für den präsumptiven Gegner in einer Höhe gehalten werden, daß er einen von ihm an sich gewollten Angriff auf das Territorium oder die staatliche Integrität der Bundesrepublik unterläßt. Diese Konzeption verlangt, um vollständig und als Abschreckung glaubhaft zu sein, daß auch die ökonomischen Grundlagen der Verteidigungsbereitschaft stets möglichst vollkommen vorhanden sind. Es muß also die Gewähr gegeben sein, daß (1) in Friedenszeiten der Bedarf der Streitkräfte unverzüglich und bevorzugt gedeckt werden kann und nicht allgemeine Mangelsituationen die Verteidigungsbereitschaft nachteilig beeinflussen, daß (2) in Spannungszeiten, und daß (3) erst recht im

19) Vergl. Begründung zum Regierungsentwurf WSG 1965, BT-Drucks. IV/892 S. 8.

20) BT-Drucks. IV/892.

21) Statt aller: Rede des Bundesverteidigungsministers v. Hassel vor dem Bundestag anläßlich der Beratung der Notstandsverfassung in 2. Lesung am 24.6.1965 - Protokolle 4. Wahlperiode (192. Sitzung) S. 9687 ff.; vergl. auch die Begründungen zu den Regierungsentwürfen BT-Drucks. IV/892 (WSG), BT-Drucks. IV/893 S. 9 (ESG), BT-Drucks. IV/894 S. 12 (VSG).

Ernstfall auch ein wesentlich erhöhter Verteidigungsbedarf sichergestellt werden könnte. Hier liegt das entscheidende Motiv für die Schaffung der Ermächtigungen des WSG 1965 [22]. Das zweite Motiv, die Vorsorge für nur die zivilen Bedürfnisse berührende Versorgungskrisen, tritt demgegenüber in den Hintergrund.

So zeichnet sich das WSG von 1965 gegenüber seinen Vorläufern durch eine erhöhte Perfektion aus, die mit der Gewährung einschneidender Lenkungsmöglichkeiten und der Einbeziehung des Geld- und Kapitalverkehrs in den sachlichen Geltungsbereich Hand in Hand geht. Obwohl auch für die Entstehung der WSG von 1951, 1956 und 1959 militärische Erwägungen maßgebend waren [23], kann man sagen, daß dieses Motiv damals noch nicht zu einer konsequenten, der "Strategie der Abschreckung" entsprechenden Ausformung der Ermächtigungen führte.

Der Wirtschaftsausschuß des Bundestages erkannte einmütig die Notwendigkeit an, daß der Exekutive im Rahmen der Notstandsgesetzgebung Lenkungsmöglichkeiten für den Bereich der gewerblichen Wirtschaft gegeben werden müßten [24]. Er hatte seine Bemühungen allerdings darauf zu richten, die nach der Regierungsvorlage weitreichenden Wünsche der Exekutive in die Ordnung des Grundgesetzes einzufügen und mit der wirtschaftspolitischen Konzeption der Parlamentsmehrheit, der "sozialen Marktwirtschaft", in Einklang zu bringen. Zu diesem Zweck zog er eine gegenüber dem Regierungsentwurf schärfere Trennungslinie zwischen der Wirtschaftslenkung für zivile Bedürfnisse, der Lenkung zur Herstellung und Erhaltung der Verteidigungsbereitschaft in Friedenszeiten sowie der Lenkung in Spannungszeiten und im Verteidigungsfall selbst. Das Gesetz wurde äußerlich

---

22) Vergl. oben Anm. 21 und den schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages (BT-Drucks. IV/3416), wo u.a. ausgeführt wird, das WSG stelle - zusammen mit den beiden anderen Sicherstellungsgesetzen - "das Kernstück der geplanten gesetzlichen Regelung zur wirtschaftlichen Verteidigung" dar; der Ausschuß habe aus diesem Grund auch die Verteidigungsplanung der Nato auf wirtschaftlichem Gebiet studiert und einen Bericht des Bundesverteidigungsministeriums entgegengenommen,

23) Vergl. oben S. 7 und die Begründungen zu den Regierungsentwürfen: BT-Drucks. I/1510 (WSG 1951), BT-Drucks. II/794 (WSG 1956) und BT-Drucks. III/1096 (WSG 1959).

24) Schriftlicher Bericht des Ausschusses: BT-Drucks. IV/3416.

gesehen in drei Abschnitte aufgeteilt: "Sicherstellung für Verteidigungszwecke", §§ 1 bis 13, mit dem Unterfall "zur Herstellung der Verteidigungsbereitschaft" in § 2 Abs. 2; "Sicherstellung in einer Versorgungskrise", §§ 14 bis 18; "Gemeinsame Vorschriften", §§ 19 bis 33. Die §§ 6 und 7 des Entwurfs wurden neu formuliert und - wesentlichster Punkt der Änderungen - Bundestag und Bundesrat wurden für berechtigt erklärt, (zusammen) die Aufhebung der auf Grund der Ermächtigungen der §§ 1 ff., 14 erlassenen Rechtsverordnungen zu verlangen, und zwar jederzeit. Die Ermächtigung, Betriebsstillegungen und -verlagerungen anzuordnen und die Aufnahme von Geld und Kredit zu reglementieren (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 und Abs. 2 Nr. 3 des Regierungsentwurfs) wurden gestrichen, die übrigen Ermächtigungen durch eine Neufassung der jetzigen §§ 2 und 14 materiell eingeengt. Außerdem führte der Ausschuß die aus dem WSG 1951 bekannte Mitwirkung von Vereinigungen der gewerblichen Wirtschaft beim Erlaß und der Durchführung der Lenkungsmaßnahmen wieder ein (§ 10 WSG).

Das Kernstück der die Befugnisse der Exekutive einschränkenden Regelungen bildet der § 2 WSG (teilweise enthalten in § 3 des Entwurfs). Auf diese Feststellung legte der Berichterstatter des Ausschusses (Abgeordneter Steinmetz, CDU) im Plenum des Bundestages in der Sitzung vom 25.6.1965 namens aller Ausschußmitglieder besonderen Wert [25]. Insgesamt, so führte der Abgeordnete weiter aus, stelle das Gesetz "einen echten Kompromiß zwischen den wirtschaftspolitischen und den staatspolitischen Interessen dar".

Das Gesetz wurde mit den Stimmen der Regierungsparteien gegen die Stimmen der Opposition und einiger Abgeordneter der Freien Demokratischen Partei angenommen [26] und am 24.8.1965 verkündet [27].

---

25) Protokolle 4. Wahlperiode(193. Sitzung) S. 9783; vergl. auch den Ausschußbericht (Anm. 24) S. 3.

26) Protokolle aaO. Die ablehnende Haltung der Opposition richtete sich nicht gegen das WSG als solches, sondern in erster Linie gegen die in derselben Sitzung behandelte Grundgesetzänderung, vergl. die Ausführungen des Abgeordneten Jahn (SPD), Protokolle aaO S. 9785.

27) BGBl. I S. 920.

3. Die "Rezeption" des Begriffs "marktgerechte Maßnahmen"

Jenem "Kompromiß zwischen wirtschaftspolitischen und staatspolitischen Interessen" dient auch die in § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14 WSG festgelegte Subsidiarität aller auf Grund des Gesetzes zugelassenen Maßnahmen (mit Ausnahme der nach §§ 3 und 4) gegenüber den "marktgerechten Maßnahmen". Diese Klausel, deren Auslegung und Anwendung für die Gültigkeit aller auf §§ 1 und 14 WSG beruhender Rechtsverordnungen von großer Bedeutung sein wird, ist indes nicht neu.

Bereits § 1 Abs. 2 WSG 1951 engte die Ermächtigungen zur Bedarfsdeckung auf dem zivilen Sektor dadurch ein, daß von ihnen nicht Gebrauch gemacht werden durfte, wenn der Bedarf "durch andere Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft" sichergestellt werden konnte. Hierzu führte der Abgeordnete Naegel (CDU) in der Sitzung des Bundestages vom 25.1.1951 aus [28], das WSG 1951 solle nicht dazu dienen, die soziale Marktwirtschaft abzulösen; das WSG werde geschaffen, um die Wirtschaft lediglich "regulativen Prinzipien" zu unterwerfen, um gegebenenfalls dann "in die Wirtschaft einzugreifen, wenn Lebensinteressen des Volkes gefährdet" seien. So sei das WSG kein Nachfolger des Bewirtschaftungsnotgesetzes.

Die Bundesregierung bezeichnete in ihrem Entwurf zum WSG 1956 die Bestimmung - wiederum in § 1 Abs. 2 enthalten - als "Verankerung des Vorrangs der sozialen Marktwirtschaft" [29].

Der Ausdruck "marktgerechte Maßnahmen" wurde dann vom Wirtschaftsausschuß in diesen § 1 Abs. 2 des WSG 1956 eingefügt [30]. Es hieß dort nunmehr: "Rechtsverordnungen dürfen nicht erlassen werden, soweit die ... bezeichneten Zwecke durch marktgerechte Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft erreichbar sind". Eine nähere Begründung hierfür findet sich im schriftlichen Bericht des Ausschusses an den Bundestag nicht. Als Berichterstatter betonte jedoch der Abgeordnete Samwer (CDU) in der Bundestagssitzung vom 7.12.1956, der Ausschuß habe Wert auf eine sachgerechte Begrenzung

28) Protokolle 1. Wahlperiode, 114. Sitzung, S. 4304 ff.
29) BT-Drucks. II/794 S. 5.
30) BT-Drucks. II/2943.

der Ermächtigungen gelegt; dazu diene auch der im Gesetz statuierte "Vorrang marktkonformer Maßnahmen vor jedwedem Eingriff"[31]. In der Debatte bemerkte der Abgeordnete Hellwig (CDU), mit dem WSG 1956 solle nicht die Möglichkeit eröffnet werden, "die Marktwirtschaft abzuschaffen" [32].

In das WSG 1959 wurde § 1 Abs. 2 WSG 1956 unverändert übernommen.

Im WSG 1965 findet sich der Ausdruck "marktgerechte Maßnahmen" entsprechend der Trennung in Ermächtigungen zu Zwecken der Verteidigung und zur Überwindung einer Versorgungskrise sowohl in § 2 Abs. 1 Nr. 2 als auch in § 14. Als Beispiel für marktgerechte Maßnahmen nennt § 14 – anknüpfend an § 1 Abs. 3 WSG 1959 - die Einfuhren, während § 2 Abs. 1 Nr. 2 insoweit schweigt. Das schließt natürlich Einfuhren im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 nicht aus, wenn es auch für den Verteidigungsfall ungewiß sein dürfte, ob und inwieweit Einfuhren überhaupt noch möglich sind.

Gegenüber § 1 Abs. 2 WSG 1959 fehlt im WSG 1965 die zusätzliche Wendung "im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft". Es kann vermutet werden, daß sie fortgefallen ist, weil sie als pleonastisch empfunden wurde. Wenigstens soll nach der Begründung zum Regierungsentwurf des WSG 1965 keine wesentliche inhaltliche Veränderung gegenüber § 1 Abs. 2 WSG 1959 angenommen werden [33].

Der schriftliche Bericht des Wirtschaftsausschusses zum WSG 1965 äußert sich zu den "marktgerechten Maßnahmen" nicht näher. Auch im Plenum wurde hierüber nicht debattiert. Allerdings ist im Ausschußbericht die Rede davon, der Ausschuß habe sich von der Vorstellung leiten lassen, "daß Vorbereitungsmaßnahmen (ergänze: zur Herstellung der Verteidigungsbereitschaft) im Frieden sich möglichst in die marktwirtschaftliche Ordnung einfügen ... sollten"[34].

---

31) Protokolle 2. Wahlperiode, 178. Sitzung, S. 9897, 9898.
32) Protokolle (Anm. 31) S. 9990.
33) BT-Drucks. IV/892 S. 9 (zu § 3 des Entwurfs).
34) BT-Drucks. IV/3416 S. 2.

Erster Abschnitt

Allgemeine Grundlagen

§ 3. Die Bedeutung wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen bei der Auslegung wirtschaftsrechtlicher Normen

1. Die Fragestellung

Für weite Gebiete der gesellschaftlichen Wirklichkeit stehen neben den Rechtsnormen als allgemein-abstrakten Aussagen über das "Sein-Sollen" wissenschaftliche Aussagen über das "Sein" eben dieser Wirklichkeit, sei es in Gestalt von bloßen Beschreibungen, sei es in der Auffindung von Gesetzmäßigkeiten der gesellschaftlichen Abläufe. Häufig genug treten auch auf der Ebene des "Sein-Sollen" die Normen der Rechtsordnung mit wissenschaftlich begründeten Theorien in Konkurrenz. Das kann unabhängig davon geschehen, ob im Bereich der Gesellschaftswissenschaften eine "normative Wissenschaft" für möglich gehalten wird oder nicht [1]. Denn Rechtsnormen werden auch unter dem Gesichtspunkt ihrer "Zweckmäßigkeit" erlassen [2]. Mittel-Zweck-Relationen jedenfalls können Gegenstand wertfreier sozialwissenschaftlicher, insbesondere wirtschaftswissenschaftlicher Betrachtung sein [3].

Dieses Nebeneinander von Aussagen über das "Sein-Sollen" und das "Sein" findet sich in besonderem Maße auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts im Verhältnis zu den Wirtschaftswissenschaften. Für den Juristen ergibt sich die Frage, ob und in welchem Umfang er bei der Findung seiner Aussagen an die Aussagen der Wirtschaftswissenschaften gebunden ist. Die Antwort kann verschieden ausfallen, je nachdem welches Ziel das juristische Denken verfolgt [4],

---

1) Zum sog. Werturteilsstreit (Max WEBER, SOMBART) vergl. mit Blick auf die Volkswirtschaftslehre PÜTZ, Theorie S. 31 ff. m.w.N.; SERAPHIM, Theorie S. 237.

2) Im Sinne der "Entsprechung zu den vorausgesetzten Zwecken" - nicht im Sinne des "Zwecks als Schöpfers des Rechts" (JHERING), siehe HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie S. 227, 331.

3) PÜTZ, Theorie S. 38 ff. ("teleologische" Werturteile im Gegensatz zu den "ontologischen").

4) Das betont mit Recht BALLERSTEDT (Diskussionsbeitrag in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER, aaO S. 197).

also ob es de lege ferenda mit rechtspolitischen Fragen beschäftigt ist, ob das positive Recht im System dargestellt wird (Rechtsdogmatik), ob isolierte Normenkomplexe definitorisch ausgelegt oder ob konkrete Rechtsfälle durch den Richter entschieden werden.

Im Rahmen der Aufgabenstellung geht es lediglich um zweierlei. In erster Linie ist zu prüfen, ob und inwieweit wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse und Theorien für die definitorische Auslegung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normen eines sehr speziellen Gesetzes - des WSG und hier insbesondere des Tatbestandsmerkmals "marktgerechte Maßnahmen" - maßgeblich sein können. Daneben ist zu fragen, welche Rolle den Wirtschaftswissenschaften bei einer allgemeinen Darstellung des "wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes" zukommt, ob insoweit auf eine Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen zur Frage der Wirtschaftslenkung verzichtet werden kann oder nicht.

Die Beantwortung der zweiten Frage soll von der Antwort auf die erste abhängig gemacht werden. Ausgangspunkt der Überlegungen soll die Erörterung der Maßgeblichkeit wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen für die Auslegung einzelner Rechtssätze sein. Die rechtswissenschaftliche System- und Begriffsbildung ist gegenüber anderen Wissenschaften eigenständig, gerade auch gegenüber den Wirtschaftswissenschaften [5]. Sie leitet sich aus der Rechtsordnung ab. Man kann zwar die These vertreten, daß die Rechtsordnung, soweit sie auf wirtschaftliches Geschehen anwendbar ist, auch von der "Wirtschaftsordnung" abhängt [6], und daß die Rechtsinstitute funktional auf "die Wirtschaft" bezogen sind - indes ist dieses Bezogensein und Abhängigsein niemals total, weil die Rechtsordnung zugleich eine Wertordnung ist [7], so daß rechtsdogmatisches und wirtschaftswissenschaftliches Denken nicht "dasselbe" sein kön-

---

5) RAISER, Die Konzernbildung usw., aaO S. 56; ferner LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 135 ff.

6) Im Sinne einer "Stoffbestimmtheit der Idee" (RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft S. 36).

7) Zur Ablehnung einer naturalistischen Betrachuungsweise des Rechts vergl. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S. 337 ff.: "Ein Wert kann nicht aus der Wirklichkeit allein abgeleitet werden".

nen [8]. Hierdurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Rechtswissenschaft bei der Interpretation der Normen und von da aus dann auch bei der systematischen Darstellung wirtschaftswissenschaftliche Aussagen mitberücksichtigt, wie noch darzulegen sein wird.

Einen besonderen Aspekt könnte die Frage nach dem Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften dann gewinnen, wenn der Gesetzgeber es unter dem Einfluß bestimmter wirtschaftspolitischer Theorien unternimmt, das Wirtschaftsleben nach Grundsätzen eben dieser Theorien zu regeln und dabei eine wirtschaftswissenschaftliche Terminologie übernimmt, so daß ökonomische Begriffe, wirtschaftspolitische Modellvorstellungen, als Rechtsbegriffe in den einzelnen Normen erscheinen. Hier ist vor allem zu prüfen, welche Maßstäbe für die Interpretation dann gelten, wenn der ökonomische Begriff in der Norm als "unbestimmter Rechtsbegriff" bezeichnet werden muß [9], wie es - wie darzulegen sein wird - beim Begriff "marktgerechte Maßnahmen" im WSG der Fall ist.

2. Die Ansichten des Schrifttums. Kritischer Überblick

Die Ansichten des wirtschaftsrechtlichen Schrifttums zur Maßgeblichkeit wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen für die Interpretation wirtschaftsrechtlicher Normen kann man unter drei Gesichtspunkten zusammenfassen.

a) Die eine Ansicht ließe sich als die "wirtschaftsverfassungsrechtliche" apostrophieren. Sie sieht für das deutsche Recht eine "Wirtschaftsverfassung" in dem Sinne als gegeben an, daß

---

8) So aber - mit nicht ganz klaren Einschränkungen - JAHR, Funktionsanalyse von Rechtsfiguren usw., aaO S. 25; dazu die Diskussionsbeiträge von BALLERSTEDT und MESTMÄCKER, aaO S. 195 ff.

9) Hier wird der Lehre gefolgt, daß es sich bei sog. "unbestimmten Begriffen" in verwaltungsrechtlichen Normen stets um Rechtsbegriffe, nicht etwa um "Ermessensbegriffe" handelt, vergl. ULE, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 309 ff.; REUSS, DVBl. 1953, 585 ff., 649 ff.; BACHOF, JZ 1955, 97 ff.; JESCH, AöR Bd. 82 S. 163 ff.; EHMKE, Ermessen usw. S. 29 ff.; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I S. 148 m.w.N.; anders FORSTHOFF, Lehrb.S. 77; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO § 114 Anm. 7; KLINGER, VwGO S. 214 ff. und die hM in der Rspr. (Nachweise bei KLINGER, aaO).

die Grundrechte des GG im Zusammenhang mit den Staatszielbestimmungen der Art. 20 und 28 eine ganz bestimmte, einer wirtschaftswissenschaftlichen Modellvorstellung entsprechende und so weitgehend in sich geschlossene Rechtsordnung für das wirtschaftliche Leben mit Verfassungsrang geschaffen hätten [10]. Die Forderungen des Ordo-Liberalismus [11], die BÖHM schon im Jahre 1933 dahingehend umschrieben hat, der Staat habe "das Lehrgebäude der klassischen Wirtschaftsphilosophie aus der Sprache der Nationalökonomie in die Sprache der Rechtswissenschaft (zu) übersetzen", er müsse "das Naturgesetz zum Staatsgesetz" erklären [12], wären nach dieser Ansicht erfüllt, die "konstituierenden Prinzipien der Wettbewerbsordnung" [13] wären positiviert. Von dieser Grundlage aus wird für die Maßgeblichkeit der Wirtschaftswissenschaften für die juristische Interpretation geschlossen, das Verhältnis der Nationalökonomie zum Wirtschaftsrecht sei nicht sehr verschieden von dem zwischen allgemeiner Staatslehre und positivem Staatsrecht [14]: wo die Nationalökonomie (die allgemeine Staatslehre) einen Modelltypus entwickelt hätte und das Recht auf ihn ausdrücklich oder durch Normierung seiner konstituierenden Elemente verweise, seien auch die in der Verfassung und in den Gesetzen vielleicht nicht ausdrücklich erwähnten Schlußfolgerungen, welche in der Nationalökonomie (der allgemeinen Staatslehre) im Hinblick auf den Modelltyp gezogen werden, rechtlich erheblich.

Dieser Ansicht kann in ihrer weitgreifenden Formulierung nicht gefolgt werden. Gegen sie sprechen drei Gründe. Der erste ist verfassungstheoretischer Art [15]. Denn: "es ist nicht der Sinn einer Verfassung, 'Entscheidung' im Sinne irgendeines sachlich

---

10) NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 21 m.w.N.; PARTSCH, ORDO Bd. IX S. 353 ff.

11) EUCKEN, Grundsätze S. 241 ff., 325 ff.; neuestens HENSEL, ORDO Bd. XV/XVI S. 3 ff.

12) Wettbewerb und Monopolkampf, S. IX, 361; ders., SJZ 1946, 148; vergl. auch den programmatischen Titel der Schrift "Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung" (1937).

13) EUCKEN, ORDO Bd. II S. 32 ff.

14) PARTSCH, ORDO Bd. IX S. 353 ff., 358.

15) EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 3 ff.

folgerichtigen politischen Denksystems zu sein, sondern lebendige Menschen zu einem politischen Gemeinwesen zusammenzuordnen" [16]. Die Verfassung ist also "offen" für die Gestaltung der gesellschaftlichen, vor allem ökonomischen Wirklichkeit durch den Gesetzgeber. Sicherlich können einzelne Verfassungssätze dem Gesetzgeber Grenzen setzen. Aber diese Grenzen bedeuten höchstens eine "Entscheidung" im negativen Sinn. Das wird von der Rechtsprechung und vom Schrifttum für die Frage einer "Wirtschaftsverfassung" des GG auch überwiegend anerkannt. Der zweite Einwand ist verfassungsrechtlicher Art: aus dem positiven Verfassungsrecht läßt sich nicht entnehmen, daß irgendeine an einer volkswirtschaftlichen Modellvorstellung orientierte "Wirtschaftsordnung" zum "Staatsgesetz" erklärt worden wäre [17]. Der dritte Einwand ist ein methodologischer. Denn es ist nicht einzusehen, wie bei der Auslegung positiven Rechts mittels zuvor aus eben diesem Recht deduzierter Modelle andere Folgerungen gezogen werden könnten als solche, die sich bereits unmittelbar, also ohne Einführung des Modells in das Auslegungsverfahren, im Wege der Interpretation der Norm nach Wortlaut, Zweck und systematischer Stellung in der Rechtsordnung ergeben, es sei denn, es würde erst mit Hilfe des Modells jener Rechtssatz in die auszulegende Vorschrift hineininterpretiert, der hernach als Ergebnis der Auslegung erscheinen soll ("Inversionsmethode" [18]), ein zweifellos unzulässiges Verfahren einer übersteigerten Begriffsjurisprudenz.

---

16) SMEND, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, aaO S. 319/20 Anm. 15. Auch PARTSCH, aaO (Anm. 14) S. 359, lehnt ein dezisionistisches Denken ab; um so schwerer verständlich ist dann aber, wie sich ein "Modell" aus den Verfassungssätzen deduzieren ließe, es sei denn, es sei eine (farblose) Modellkombination gemeint.

17) BVerfGE 4, 7, 17 und von da an ständig, z.B. E 14, 113; dem folgend das BVerwG, z.B. E 6, 134, 141 und E 17, 306 f. Aus der Lit.: BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht S. 20, 50 ff.; SCHEUNER, DöV 1956, 65 ff.; STRICKRODT, JZ 1957, 361 ff.; EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 13, 28 ff.; RINCK, Lehrb. Randn. 113 ff.; Herbert KRÜGER, Allgemeine Staatslehre S. 577 f.; - anders HUBER, DöV 1956, 101 ("Garantie einer gemischten Wirtschaftsverfassung").

18) Nach HECK, vergl. KRÜGER, Allgemeine Staatslehre S. 577.

Einzuräumen ist allerdings, daß es möglich ist, daß einzelne Normen der Rechtsordnung auf bestimmte wirtschaftstheoretische Aussagen verweisen. Es steht dem Gesetzgeber durchaus frei, wirtschaftswissenschaftliche termini zu verwenden, und auch Aussagen über das "Sein-Sollen", wirtschaftstheoretische Werturteile, zu übernehmen. Hierbei kann er jedoch nicht ein Modell "rezipieren". Die Modelle der theoretischen Nationalökonomie sind Erkenntnismodelle, gewissermaßen Versuchsanordnungen, die Fragen an die Wirklichkeit ermöglichen sollen [19]. Wenn sie sich, wie das Modell der vollständigen Konkurrenz, mit der Gesamtordnung der Wirtschaft befassen, haben sie einen sehr hohen Abstraktionsgrad [20], können wegen ihrer - bewußt - irrealen Voraussetzungen in der Wirklichkeit nicht vorkommen. Etwas Irreales kann das Recht aber nicht mit seiner Geltungsanordnung versehen. Aus jedem positiven Recht und jeder faktischen Wirtschaftsordnung kann bestenfalls entnommen werden, daß eine Mehrzahl von Modelltypen der Wirtschaftsordnung kombiniert sind [21]. Das Maß der Vorherrschaft des einen oder anderen Modelltyps ist dabei nur schwer zu bestimmen und schwankt im Laufe der Zeit auch in den Teilbereichen der Gesamtordnung [22]. Die allgemeine Verbindlichkeit eines Modells für die Auslegung wirtschaftsrechtlicher Normen kann deshalb nicht angenommen werden. Bei der Auslegung eines isolierten Normenkomplexes, der ausdrücklich auf ein Modell gewissermaßen als Leitgedanken der gesetzgeberischen Absichten verweist - eine "Rezeption" kommt nach dem Gesagten nicht in Betracht - kann das Modell vielleicht beachtlich sein. Dies ist weiter unten noch zu prüfen.

b) Die zweite Ansicht des Schrifttums ist von der Frontstellung gegen die soeben geschilderte bestimmt [23], vor allem insoweit,

---

19) Vergl. Erich SCHNEIDER im Diskussionsbeitrag in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER, aaO S. 217.

20) JÖHR, Das Modell der vollkommenen Konkurrenz, aaO S. 39 f.

21) WERNER, ZStaatsW Bd. 117 S. 29 ff.; SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 27; vergl. auch IPSEN, Fragestellungen usw. aaO Randn. 5.

22) WERNER, aaO (Anm. 21) S. 35 ff.; vergl. auch HENSEL, ORDO Bd. XV/XVI S. 11 ("riesige Zahl möglicher Gesamtordnungen" bei "zwei theoretisch möglichen" und "wenigen Elementarformen").

23) In diesem Sinne besonders EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 13 ff.

als die Maßgeblichkeit der ordoliberalen Theorie der Wettbewerbsordnung für die Rechtsanwendung bestritten wird. In diesem Zusammenhang hat v. KÖHLER [24] dem Bundesgerichtshof vorgeworfen, er folge bei der Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu sehr den ordoliberalen Ansichten. Der Gesetzgeber, so behauptet v. KÖHLER, habe nie einer volkswirtschaftlichen Schule angehört. Man dürfe daher kein Gesetz so auslegen, als ob dies der Fall wäre [25]. Die Volkswirtschaftslehre als Wissenschaft besitze keinen eindeutigen Bezugspunkt, so daß jeder Volkswirt von persönlichen, mehr oder weniger weltanschaulich bedingten Voraussetzungen aus seine Theorie aufbaue; dadurch gerate die Volkswirtschaftslehre, und hier vor allem der Ordo-Liberalismus, in die gefährliche Nähe zur Ideologie: das könne nicht Fundament für eine gesicherte Rechtsauslegung sein [26]. Folge die Rechtswissenschaft dem Ordo-Liberalismus bei der Auslegung der unbestimmten Begriffe im Kartellrecht, so könne das Recht in die Gefahr kommen, in die "innere Abhängigkeit von einer Ideologie" zu geraten, "ein Zustand, der ihm noch nie gut bekommen ist" [27]. Die Gerichte seien daher nicht verpflichtet, bei der Gesetzesauslegung bestimmte Wertvorstellungen volkswirtschaftlicher Schulen zu übernehmen, zumal die Wertidee des einen Gesetzes stets durch die Wertidee des Rechts überlagert sei; auch die Berücksichtigung des Interdependenzgedankens könne nicht zu einem anderen Ergebnis führen - die Interdependenz bedürfe der "Ausrichtung", die "nur durch und in Bezug auf das Recht stattfinden" könne [28].

Diese Ausführungen leiden darunter, daß sie auf die Probleme der Methode der juristischen Interpretation nicht eingehen. Sie stehen daher mehr oder weniger als bloße Behauptungen, denen leicht andere Behauptungen gegenübergestellt werden können. So ist es durchaus möglich, daß der Gesetzgeber - auch - solchen

---

24) NJW 1964, 569 ff., u.a. zu BGHZ 31, 105; ders., NJW 1964, 2229 ff., u.a. zu BGH in NJW 1964, 925.

25) aaO S. 569.

26) aaO S. 571.

27) aaO S. 2234.

28) aaO S. 2232.

Wertvorstellungen in einem Gesetz zur Geltung verhelfen will, die eine bestimmte volkswirtschaftliche Schule entwickelt hat. Es gibt keine Rechtssetzung ohne Rechtspolitik und deren Konzeptionen. Daran ändert es nichts, daß wirtschaftstheoretische Wertvorstellungen aus sich heraus nicht allgemeingültig im logischen Sinne sein mögen. Eine Werturteilslogik und einen Weg zur Quantifizierung von Werturteilen besitzt weder die Wirtschafts- noch die Rechtswissenschaft [29]. Das befreit den Rechtsanwender jedoch nicht davon, die Wert- oder Unwerturteile, die der Gesetzgeber ausgesprochen hat, zu beachten. Die Bindung an "Gesetz und Recht" (Art. 20 Abs. 3 GG), an "das Gesetz" (Art. 97 Abs. 1 GG) läßt sich weder durch eine Überbetonung der Maßgeblichkeit der Wirtschaftswissenschaften für die Interpretation noch durch eine pauschale Abwertung wirtschaftswissenschaftlicher Aussagen durch eine Konfrontation mit der Rechtsidee beiseiteschieben.

c) Eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften im hier behandelten Zusammenhang kann nur vom Boden der Lehren von der juristischen Interpretation aus gewonnen werden. Das ist an Hand von Ausführungen MESTMÄCKERS [30] als dritte der im wirtschaftsrechtlichen Schrifttum vertretenen Ansichten darzustellen, obwohl MESTMÄCKER glaubt zugestehen zu müssen, daß seine Thesen in den (privatrechtlichen) Methodenlehren keine unmittelbare Stütze fänden [31]. Interessant ist, daß MESTMÄCKER ebenfalls Kritik an einer höchstrichterlichen Entscheidung übt, aber, gerade im Gegensatz zu v. KÖHLER, meint, das Gericht [32] habe

---

29) Das betont MESTMÄCKER in seinem Diskussionsbeitrag in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER, aaO S. 224. Vergl. auch Arthur KAUFMANN, Analogie und Natur der Sache S. 24.

30) JuS 1963, 417 ff.; dieser Aufsatz stimmt mit dem Beitrag MESTMÄCKERS in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER S. 103 ff. überein; nach letzterem wird zitiert. Vergl. dort S. 14 ff. auch den MESTMÄCKERS Gedankengänge fortsetzenden Aufsatz von JAHR; ferner COING, ebenda S. 1 ff., der sich allerdings auf die Feststellung beschränkt, man könne "zugespitzt ausgedrückt ... sagen, daß die Rechtswissenschaft sich von der Nationalökonomie über die Natur der Sache, mit der sie es zu tun hat, aufklären lassen muß".

31) aaO S. 103.

32) Das BVerfG im Feldmühle-Urteil, E 14, 263 ff.

volks- und betriebswirtschaftliche Erkenntnisse zu Fragen des Konzern- und Aktienrechts nicht hinreichend berücksichtigt.

MESTMÄCKER geht von der Interessenjurisprudenz aus und betont die Notwendigkeit, die den Normen zugrundeliegenden Interessenkonflikte zu analysieren [33]. Die Erforschung der "Lebenslage und Lebensbedürfnisse", "die Wirkungen des Rechts auf das Leben, die funktionelle Seite der Rechtsinstitute (HECK [34])", müßten alsbald zum Rückgriff auf die Wirtschaftswissenschaften führen, dann nämlich, wenn wirtschaftliche Sachverhalte zur Entscheidung stünden, die der vorwissenschaftlichen Alltagserfahrung des Rechtsanwenders verschlossen seien. Schon insoweit handele es sich dann nicht mehr nur um eine Inanspruchnahme der Wirtschaftswissenschaften als "Hilfswissenschaften", sondern "um die parallele Anwendung der Erkenntnismethoden beider Wissenschaften zur Lösung einheitlicher Sachfragen" [35]. Diese "parallele Anwendung" sieht MESTMÄCKER als ein selbständiges wissenschaftliches Problem [36]. Da der Jurist in den Werturteilen an das Gesetz gebunden sei, müsse bei der Rechtsfindung die Trennung von wirtschaftswissenschaftlich aufgehellten Kausalzusammenhängen, von in diesen enthaltenen Werturteilen und von juristischen Werturteilen beachtet werden. Auch dürfe der Hinweis der Interessenjurisprudenz auf die wirtschaftlichen Interessen und Bedürfnisse der Parteien des einzelnen Rechtsstreits nicht dazu führen, daß die Interessen und Bedürfnisse der Parteien von den Gerichten als Bedürfnis "der" Wirtschaft mißverstanden würden [37]. Daher, also um der Beachtung der gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge willen, werden von MESTMÄCKER Gedankengänge der soziologischen Rechtsschule zur Rechtstatsachenforschung aufgenommen [38], freilich mit

---

33) aaO S. 103.

34) HECK, Das Problem der Rechtsgewinnung durch Richterspruch, 2. Aufl. (1932) S. 36.

35) aaO S. 105.

36) aaO S. 103.

37) aaO S. 115.

38) aaO S.108 ff.

der Maßgabe, daß hier nicht allgemein soziologische, sondern wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnismethoden anzuwenden seien [39]. "Methodisch sichtbar" gemacht werde der Zusammenhang zwischen rechtswissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Betrachtung durch die Berücksichtigung der "Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung". Diese determiniere zwar grundsätzlich nicht die Entscheidung von Einzelkonflikten. Sie zeige jedoch die der rechtlichen oder wirtschaftspolitischen Gestaltung vorgegebenen Sachgesetzlichkeiten auf. Damit setze sie Maßstäbe für die Entscheidung des Einzelfalls. Über den Interdependenzgedanken kommt MESTMÄCKER daher zur Einführung des Begriffs der "Natur der Sache": "Die Eigengesetzlichkeit der zu regelnden wirtschaftlichen Sachverhalte (Natur der Sache) kann die möglichen rechtlichen Lösungen begrenzen, ohne sie jedoch zu determinieren" [40].

MESTMÄCKER versteht unter "Natur der Sache" demnach eine Beschaffenheit des "Seins", die ein rechtlich relevantes "Sein-Sollen" nur unvollständig oder gar nicht impliziert. Er stellt denn auch dieser "Natur der Sache" am Beispiel der Stellung des Vorstands der Aktiengesellschaft die "sich aus der Eigenart des Privatrechtssystems ergebenden Besonderheiten und Grenzen" gegenüber [41].

So wird aber wieder zweifelhaft, wie eine parallele Anwendung von rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnismethoden möglich sein soll, bei der die Wirtschaftswissenschaften nicht doch letztlich in der Funktion einer Hilfswissenschaft verbleiben. Denn es geht in der Rechtswissenschaft um ein normwissenschaftliches Erkenntnisziel, um die Lösung von Rechts-, nicht von Sachfragen, und die Methode des Erkennens

---

39) Dagegen hatten die Begründer der Rechtstatsachenforschung noch erklärt, die Lehren der Nationalökonomen könnten den Juristen nur wenig fördern, vergl. NUSSBAUM, Die Rechtstatsachenforschung (1914) S. 6 f.

40) aaO S. 112 ff., 103.

41) aaO S. 114/115.

wird sich immer nach dem Erkenntnisziel richten müssen. Denkbar wäre nun- und das ist es wohl, was MESTMÄCKER als "selbständiges wissenschaftliches Problem" bezeichnet [42] - daß in der Denkform der "Natur der Sache" die Rechts- und Sachfragen zu einer Einheit verschmelzen. Daraus entsteht dann aber die weitere Frage, ob die so verstandene "Natur der Sache" nicht eine spezifisch juristische Denkform ist. Das hätte zur Folge, daß die "Natur der Sache" Erkenntnisgegenstand und -ziel der Rechtswissenschaft wäre. Im Ergebnis könnte es dann nicht das Amt der Wirtschaftswissenschaften sein, dem Rechtsinterpreten und Rechtsanwender verbindlich mitzuteilen, was denn die "Natur der Sache" sei [43]; eine "wirtschaftliche" Betrachtungsweise durch den Juristen wäre dann eben keine "wirtschaftswissenschaftliche".

3. Die Denkform der "Natur der Sache" in der Methode der juristischen Interpretation

Was ist im Rahmen der Methode der juristischen Interpretation unter "Natur der Sache" zu verstehen? - Mit seiner heute als "klassisch" bezeichneten [44] Formulierung sagte DERNBURG [45]: "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man die Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn diese unvollständig oder unklar ist." - Hiermit ist schon gesagt, daß "Natur der Sache" für den Juristen nicht nur eine beschreibende Aussage über das Sein ist. Das ist sie zwar auch, aber sie ist zugleich eine Aussage über die "Ordnung", über ein Sein-Sollen im Sein. So sagt RADBRUCH [46], "Natur der Sache" sei der "Sinn des Lebensverhältnisses", Sinn sei das "am Sein verwirklichte

---

42) aaO S. 103.

43) So COING, aaO (Anm.30) S. 2 und VEIT, ebenda S. 9 ff.

44) HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie S. 289; Arthur KAUFMANN, Analogie und Natur der Sache S. 14.

45) Pandekten, Bd. I (5. Aufl. 1896) S. 87.

46) Die Natur der Sache usw. S. 31, 33, 9.

Sollen, der in der Wirklichkeit erscheinende Wert"; "Natur der Sache" sei eine "Verknüpfung von Seinsfeststellung und Wertbeurteilung". Nach STRATENWERTH [47] handelt es sich bei der "Natur der Sache", den "sachlogischen Strukturen" um eine "unauflösbare" "Relation zwischen einem bestimmten Wertgesichtspunkt und der entsprechenden Sachstruktur". LARENZ [48] versteht unter "Natur der Sache" "zugleich einen ontologischen und einen normativen Tatbestand, ein Sollen, das im Sinne des Seins angelegt, und das im Sein, mehr oder weniger, immer auch schon verwirklicht ist", ein "im Gegebenen Aufgegebenes"; "Natur der Sache" bedeute "nicht das einzelne Lebensverhältnis und sein zufälliges So-Sein", sondern "das wiederkehrende Verhältnis", die Lebensverhältnisse "in ihrer Faktizität und Typizität". HENKEL [49], der die "Natur der Sache" unter dem Gesichtspunkt der Rechtsbildung, nicht dem der Auslegung, behandelt, bezeichnet sie als Sammelbegriff für die "Vorgegebenheiten des Rechts" und erblickt darin "lediglich Ordnungselemente und Strukturen als Vorformen des Rechts", denen er die "Aufgegebenheiten des Rechts" als "Rechtsbildungsfaktoren von der Ideenseite" (das sind die Rechtsidee, Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Zweckmäßigkeit, Gemeinwohl) gegenüberstellt.

Von der Sicht HENKELS aus kann die "Natur der Sache" weder für die Rechtsbildung noch für die Auslegung entscheidende Bedeutung gewinnen, da sie nur eine fragmentarische Wirkung auf den Norminhalt zu entfalten vermag. Im Ergebnis haben die Schlüsse aus der "Natur der Sache" den Anforderungen der "Rechtsidee" zu weichen [50]. Nur eine Hilfsfunktion für die Interpretation billigen auch RADBRUCH, STRATENWERTH und LARENZ der "Natur der Sache" zu [51].

---

47) Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache" S. 17, 25.

48) FS Nikisch S. 288; Methodenlehre S. 309, 349.

49) Einführung in die Rechtsphilosophie S. 288, 293 f., 297, 299 ff.

50) HENKEL, aaO S. 293, 297.

51) RADBRUCH, aaO (Anm. 46); STRATENWERTH, aaO (Anm. 47) S. 28: "Die Schlüsse aus der Natur der Sache können nur die wesentlichen Sachzusammenhänge festlegen, nicht aber deren rechtliche Einzelbewertung präjudizieren"; LARENZ, FS Nikisch S. 285: Die Natur der Sache führe nur "einen Schritt weiter und reicht nicht aus, um die Konkretisierung des Maßstabs bis zur Entscheidung des Einzelfalls fortzuführen"; weitere Nachweise bei HENKEL, aaO S. 293 mit Anm. 1.

Selbst wenn es also zuträfe, daß die Wirtschaftswissenschaften den Juristen über die "Natur der Sache" zu unterrichten hätten, so würde das keine wirksame Bindung der juristischen Auslegung an die Aussagen der Nationalökonomen und Betriebswirte bedeuten können.

Nun hat jedoch Arthur KAUFMANN [52] überzeugend dargelegt, daß die "Natur der Sache" bei jeder Rechtsfindung, sowohl in der richterlichen Entscheidung als auch in der definitorischen Interpretation der Norm im Nachdenken bereits entschiedener und im Vordenken möglicherweise unter die Norm zu subsumierender Lebenssachverhalte, der leitende und im Ergebnis wesentlichste Maßstab ist. Jede Rechtsfindung ist eine Angleichung von Gesetzesnormen und wirklichen Lebenssachverhalten. Die Angleichung vollzieht sich nun niemals in der Form eines rein logischen Schlusses. Die reine Logik kann nur mit dem Axiom arbeiten, daß es eine Identität gibt, die als Basis für logische Ableitungen dienen kann. Eine solche Identität kommt in der Wirklichkeit, mit der es das Recht zu tun hat, nicht vor. Sie läßt sich auch nur in mathematischen Zahlbegriffen ausdrücken, nicht aber in der Sprache der Anschauungswelt, der sich der Gesetzgeber wie der Rechtsanwender notwendigerweise bedienen muß. Hierbei liegt die Norm auf der Ebene des begrifflich formulierten Sollens und der Sachverhalt auf der Ebene der empirischen Faktizität. Norm und Sachverhalt müssen einander "gleichgemacht" werden, bevor syllogistische Schlüsse einsetzen können. Es ist also eine Denkfigur zu finden, in der Norm und Sachverhalt übereinkommen können, ein Mittler zwischen Sollen und Sein. Hierfür bietet sich die "Natur der Sache" an, in der sich - wie die Umschreibungen von DERNBURG, RADBRUCH, STRATENWERTH und LARENZ zeigen [53] - Sollen und Sein begegnen, zu einer Sinneinheit werden. So definiert KAUFMANN [54] den Sinn, in dem Norm und Sachverhalt identisch werden können, als die "Natur der Sache", als den "Tópos, in dem sich Sein und Sollen begegnen", als den "methodischen Ort der Verbindung ('Entsprechung') von Wirklichkeit und Wert", die "Mitte zwischen Sachgerechtigkeit und Normgerechtigkeit

---

52) Analogie und Natur der Sache, insbesondere S. 22 ff., 35 ff.
53) Oben S. 24/25.
54) aaO S. 35.

und als solche der eigentliche Träger des objektiven rechtlichen Sinnes, um den es bei aller Rechtserkenntnis geht". Wenn also die Norm nach ihrem Sinn befragt wird - und die Erforschung des Sinnes einer Norm ist das Ziel jeder Auslegung [55] - so fragt der Jurist nach der "Natur der Sache". Aus den abstrakt-allgemeinen Begriffen der Norm allein erschließt sich ihr Sinn nicht. Jene Begriffe sind keine Eigenbegriffe für das "Sein-Sollen", sondern Ausdrücke, hergenommen aus der Sinneswelt. Da der Mensch über keine "rein geistige Anschauung" verfügt, hat er für geistige Phänomene (wie eben ein Sein-Sollen) auch keine Eigenbegriffe [56]. Nun strebt der Gesetzgeber danach, die Normen möglichst kurz und generell zu formulieren. Alle Gesetzesbegriffe werden dadurch mehr oder weniger abstrakt und verlieren, obwohl der Anschauungswelt entnommen, an Anschauung, an "Sinn". Zur Erforschung ihres Sinnes bedarf es daher wieder der Konfrontation mit der Anschauung. Nachdenken entschiedener und Vordenken zu entscheidender Fälle gehören zu jener Auslegung [57]. Gerade die teleologische Interpretationsmethode, die Argumentation aus der "ratio legis", die im öffentlichen (Staats- und Verwaltungs-) Recht und daher auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht angesichts seiner Struktur, seiner Bezogenheit auf die Gestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit, eine besondere Rolle spielen muß [58], kann hierauf am allerwenigsten verzichten. Diese Methode besteht gerade darin, daß sie, um den

---

55) LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 240; vergl. aus der Rspr. RGZ 139, 112; BGHZ 2, 184; ferner die Übersicht bei TEICHMANN, Die Gesetzesumgehung (Diss. Göttingen 1962, Göttinger rechtswiss. Studien Bd. 46) S. 18 ff., wo allerdings, anders als hier, im Anschluß an COING das Problem der Auslegung als Frage der Textinterpretation (hermeneutisches Problem) gesehen wird. - Im übrigen ist der Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie für die Bedeutung der "Natur der Sache" bei der Auslegung unbeachtlich; entweder würde es gelten, den Sinn des "Gesetzes" zu erforschen, oder es wäre nötig, den gesetzgeberischen "Willen" zu ermitteln, der sich ebenfalls in Begriffen ausdrücken muß. Vergl. auch ENGISCH, Einführung in das juristische Denken S. 97: die teleologische Methode könne "subjektiv" oder "objektiv" gehandhabt werden.

56) KAUFMANN, aaO S. 24 unter Berufung auf KANT.

57) ENGISCH, aaO (Anm. 55): Gleichsetzung eines zu entscheidenden Falles mit Fällen, die der Norm bisher zweifelsfrei zugeordnet wurden.

58) FORSTHOFF, Lehrb. S. 147 ff. m.w.N.

"Sinn des Gesetzes" zu ermitteln, ihr Augenmerk auf die Eigenart ("Natur der Sache") der Fälle richtet, die das Gesetz als "typisch" im Auge hat. Die teleologische Interpretation argumentiert nach alledem aus der "Natur der Sache" [59].

Bei der Subsumtion, also der Rechtsfindung für den vom Richter festgestellten Sachverhalt, bewegt sich das juristische Denken ebenfalls auf die "Natur der Sache" als Mittlerin zwischen Sein und Sollen zu. Hier wird im Besonderen das (unter dem Gesichtspunkt der Fallentscheidung) Allgemeine, das Typische, das anderen, zweifelsfrei unter die Norm fallenden Sachverhalten wesentlich Ähnliche aufgesucht [60]. Der Lebenssachverhalt wird unter normativen Gesichtspunkten "aufbereitet" [61]. Dabei wird nach der "Natur der Sache" gefragt.

Es liegt hiernach auf der Hand, daß das Erkennen der "Natur der Sache" die Lösung einer Rechts-, nicht einer Sachfrage ist. Den Erkenntnissen und Erkenntnismethoden einer anderen Wissenschaft steht hier kein eigenständiger Bereich zu. Bei der Interpretation und Rechtsanwendung im Wirtschaftsrecht bleiben die Wirtschaftswissenschaften eine Hilfswissenschaft. Hiermit ist die Bedeutung der Wirtschaftswissenschaften für das Wirtschaftsrecht keineswegs "abgewertet". Wenn sich in der "Natur der Sache" Sein und Sollen begegnen, so begegnen sich in ihr Rechts- und Wirtschaftswissenschaften [62]. Die Wirtschaftswissenschaften sind als Hilfswissenschaften grundsätzlich unentbehrlich, auch wenn ihre Inanspruchnahme in der Mehrzahl der Fälle des täglichen Lebens, vor allem des Wirtschaftsprivatrechts, wird unterbleiben können.

Für das öffentliche Wirtschaftsrecht ist eine Berücksichtigung der Wirtschaftswissenschaften besonders angezeigt. Die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung liegen hier nicht so sehr darin, daß

---

59) KAUFMANN, aaO S. 40.

60) Siehe auch ENGISCH, aaO (Anm. 55) S. 56 ff.; nach ihm soll es sich allerdings um "Gleichheit" handeln.

61) KAUFMANN, aaO S. 29/30.

62) Ähnlich JAHR, Funktionsanalyse von Rechtsfiguren usw., aaO pass.

die Gesetze begrifflich schlecht gefaßt wären, sondern in der Unsicherheit, die bei der Beurteilung der hinter den unbestimmten Begriffen wie "öffentliches Verkehrsinteresse" [63] oder "überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft" [64] stehenden "Natur der Sache" zu beobachten ist [65]. Hier müssen die Wirtschaftswissenschaften, indem sie das Sein und das Sein-Sollen aus ihrer Sicht darstellen, zum Erkennen der (juristischen "Natur der Sache" beitragen, um die Unsicherheiten der Beurteilung zu mildern [66]. Im Rahmen der Aufgabenstellung - Darstellung und Interpretation der insgesamt recht komplizierten Ermächtigungen des WSG und Darstellung des "wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes" - ist daher ein Eingehen auf die Wirtschaftswissenschaften unverzichtbar.

Im Ergebnis liefern die Schlüsse aus der "Natur der Sache" keine Gewißheiten (im mathematischen Sinn), sondern immer nur Wahrscheinlichkeiten; aber "die Wahrscheinlichkeit ist der große Bereich, in dem wir Menschen uns praktisch bewegen" [67].

4. Insbesondere: zur Auslegung "rezipierter" wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe

Im Vorstehenden wurde die Frage noch nicht ausdrücklich beantwortet, welche Maßgeblichkeit wirtschaftswissenschaftliche Aussagen

---

63) z.B. §§ 9 Abs. 1, 10 Abs. 3 des Güterfernverkehrsges. i.d.F. v. 1.8.1961; § 13 des Personenbeförderungsges. v. 21.3.1961, §§ 21, 22 des Luftverkehrsges. v. 10.1.1959.

64) § 8 GWB; - vergl. auch die Aufzählung solcher Begriffe bei ULE, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 315, 318.

65) Für unbestimmte Begriffe des Zivilrechts: KAUFMANN, aaO S. 39.

66) Im praktischen Ergebnis weichen obige Ausführungen nicht wesentlich von den Ausführungen MESTMÄCKERS (oben S. f.) und JAHRS (oben S. 21, Anm. 30) und den an sie anschließenden Diskussionsbeiträgen in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER, aaO S. 194 bis 200, ab. Man sollte sich indes nicht scheuen, für die Rolle der Wirtschaftswissenschaften bei der Rechtsanwendung den Ausdruck "Hilfswissenschaft" zu verwenden, wenn im Ergebnis die Setzung der letztlich entscheidenden Maßstäbe nach rechtlich-normativen Kriterien erfolgt.

67) KAUFMANN, aaO S. 45.

für den Rechtsinterpreten dann zu beanspruchen haben, wenn es um die Auslegung einer Norm geht, in der eine wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbildung vom Gesetzgeber übernommen, "rezipiert" ist, wobei der Begriff als Rechtsbegriff nunmehr als "unbestimmter Begriff" erscheint. "Marktgerechte Maßnahmen" in § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14 WSG ist ein solcher "unbestimmter Begriff" [68].

Der Gesetzgeber kann den Weg einer solchen "Rezeption" bei seiner Begriffsbildung bewußt gewählt haben, um den Rechtsanwender an die Doktrinen einer wirtschaftswissenschaftlichen Lehre zu binden. Dem ist indes sogleich entgegenzuhalten, daß der Wille des Gesetzgebers für die Auslegung des Gesetzes nicht allein maßgebend ist. Ein Gesetz ist grundsätzlich beides zugleich: Manifestation des auf die Schaffung einer Ordnung gerichteten gesetzgeberischen Willens und Träger objektiver Rechtsgedanken und Prinzipien, die einer solchen Ordnung von der Sache her notwendig immanent sind [69]. Daher kann nur eine Auslegung richtig sein, die beides, den gesetzgeberischen Willen und den hiervon gewissermaßen abgelösten Willen des Gesetzes, berücksichtigt. Im Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie ist also einer vermittelnden Ansicht zu folgen [70]. Das Maß der Berücksichtigung des Willens der Gesetzgebers wird hierbei unterschiedlich sein müssen: bei solchen Gesetzen, die eine ausgeprägte sozial-ethische Substanz haben und sich in der Schaffung einer Ordnung jahrzehntelang bewährt haben, wird der Wille des Gesetzgebers fast völlig hinter dem "objektiven Geist des Gesetzes" [71] zurücktreten. Bei neueren Gesetzen dagegen, vor allem bei solchen, die mehr technisch-organisatorischer Natur sind, wird dem Willen des Gesetzgebers mehr Gewicht beizulegen sein [72]. Gerade für die Auslegung neuerer Gesetze greift auch das Bundesverfassungsgericht auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften zurück [73].

---

68) RINCK, Lehrb. Randn. 394; vergl. auch oben S. 16 Anm. 9.

69) LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 240.

70) LARENZ, Methodenlehre S. 240. Im Anschluß an das BVerfG (E 1, 299, 313 und ständig) neigen auch die oberen Bundesgerichte einer vermittelnden Auslegungstheorie zu, vergl. z.B. BGHZ 23, 377, 390; BGHSt 13, 102, 117; BVerwGE 6, 119; BSGE 6, 252; zum ganzen die Übersicht bei TEICHMANN, aaO (Anm. 55).

71) LARENZ, aaO (Anm. 70).

72) Das dürfte insbesondere für Maßnahmegesetze mit ausgeprägtem politisch-dezisionistischem Inhalt gelten.

73) BVerfGE 1, 117, 127; 8, 274, 307; 10, 20, 51; 12, 354, 356.

Indes wird in jedem Falle ein Begriff, den der Gesetzgeber aus anderen Wissenschaftsbereichen, beispielsweise der Naturwissenschaft, den Wirtschaftswissenschaften oder der Soziologie, in die Gesetzessprache übernimmt, nicht "unmittelbar" Rechtsnorm. Der Gesetzgeber will ja eine Norm setzen, eine rechtliche Regelung geben, nicht nur die Beschreibung eines physikalischen, ökonomischen oder sozialen Sachverhalts. Die Begriffe des Gesetzes sollen einen spezifisch rechtlichen Sinn zum Ausdruck bringen [74]. Sie erfahren daher bei der Aufnahme in den Gesetzestext stets eine "teleologische Umformung" (RADBRUCH [75]), nach Arthur KAUFMANN [76] bedingt gerade dadurch, daß sich ihr Sinn als Gesetzesbegriff aus der "Natur der Sache" ableiten muß. Kurz, die Begriffe werden "verrechtlicht", an ihren Bedeutungsinhalt in der vor-rechtlichen Umgangs- oder Fachsprache wird nur "angeknüpft" (JESCH [77]). Das mag durch ein Beispiel belegt werden, an dem zugleich die enge Verbindung von teleologischer Auslegung und Argumentation aus der "Natur der Sache" sichtbar wird.

Selbst an sich so "einfache" Begriffe wie physikalisch-beschreibende verlieren in der Hand des Juristen die Unbefangenheit, die ihre Verwendung in der natürlichen Sprache der Anschauungswelt kennzeichnet. Der Inhalt des Begriffs "umschlossener Raum" in § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB ergibt sich erst aus dem Regelungszweck der Vorschrift (erhöhter Schutz für den gesteigerten Rechtsfrieden einer Gewahrsamssphäre, die nicht jedem Zugriff beliebig ausgesetzt ist - "Natur der Sache": verschiedener Unrechtstypus gegenüber dem des einfachen Diebstahls) in Verbindung mit der Abgrenzung von den Begriffen "Gebäude" und "Behältnis" in derselben Vorschrift. Die Auslegung [78], daß unter "umschlossener Raum" ein Raumgebilde zu verstehen ist, welches weder Gebäude noch Behältnis, jedoch - minde-

---

74) Arthur KAUFMANN, Analogie und Natur der Sache S. 24.
75) RADBRUCH, Rechtsphilosophie S. 219.
76) aaO (Anm. 74) S. 24, 30, 35.
77) AöR Bd. 82 S. 163 ff., 178 mit Anm. 62.
78) BGHSt 2, 214 ff.

stens auch - zum Betreten durch Menschen bestimmt und mit - mindestens teilweise - künstlichen Vorrichtungen gegen das Betreten Unbefugter abgesichert ist, hat sich demnach weitgehend von physikalischen Gegebenheiten entfernt.

Andererseits befreit die teleologische Umformung und befreit das Denken aus der Natur der Sache nicht von der Beachtung des Wortlauts einer Norm. Der Gesetzgeber hat einen bestimmten Ausdruck ja gerade deshalb gewählt, um an die vor-juristischen Inhalte des Wortsinns anzuknüpfen. Dieser Wortsinn ergibt sich aus dem Inhalt, den die Umgangs- oder Fachsprache, dem der Ausdruck entstammt, mit dem sprachlichen Ausdruck verbindet, aus der Anschauung, die dem Gesetzesbegriff von dieser Seite her zuteil wird. Der Rechtsanwender hat daher zu fragen und zu beantworten, an welchen vor-juristischen Maßstäben die Begriffsbildung des Gesetzgebers orientiert ist. Er hat zu prüfen und zu entscheiden, inwieweit ein metajuristischer Begriff und der durch ihn gesetzte Maßstab in den Gesetzesbegriff Eingang gefunden hat [79]. Hiernach können sich die rechtlichen Konkretisierungen, die Schlüsse aus der Natur der Sache, nur innerhalb jener Grenzen bewegen, die durch das Maß der Verknüpfung mit dem metajuristischen Begriff hergestellt werden [80]. Diese Grenzen sind um so weiter, je sinnentleerter ein Begriff durch die Abstraktion von der Anschauung geworden ist. Sie sind umso enger, je mehr sich, zumal bei jüngeren Gesetzen, aus dem Gesetz und seiner Entstehungsgeschichte entnehmen läßt, an welche metajuristischen Anschauungen der Gesetzgeber den Rechtsanwender verweisen will. Schließlich ist zu beachten, daß die Ausdrucksmittel der Sprache als des Mittels der Kommunikation geistiger Wesen stets eine gewisse Allgemeingültigkeit haben [81]. Sie können zwar nie streng eindeutig ("univok") sein [82], sie haben aber stets einen mehr oder weniger hinlänglich bestimmten "Bedeutungskern" [83]. Mißachtet man diese

---

79) JESCH, AöR Bd. 82 S. 180 f.

80) JESCH, aaO S. 194.

81) HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie S. 47, 51.

82) Überzeugend Arthur KAUFMANN, aaO (Anm. 74) S. 22 ff.

83) JESCH, aaO S. 176 ff. ("Begriffskern"); ENGISCH, Einführung in das juristische Denken S. 108 im Anschluß an HECK, ferner HENKEL, aaO (Anm. 81).

Eigenart der juristischen Begriffsbildung, so gerät man nur zu leicht in die Nähe dessen, was ENGISCH [84] das "gesetzesungehorsame Ausspielen der Rechtsidee" nennt.

Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn sich bei der Lösung des "Verknüpfungsproblems" bezüglich eines "rezipierten" fachwissenschaftlichen Begriffs zeigt, daß der Inhalt des Begriffs in der Fachwissenschaft, der er entstammt, selbst umstritten ist. Hier kommt der Entstehungsgeschichte der Norm besondere Bedeutung zu. Es ist also auf Grund der Materialien zu klären, ob der Gesetzgeber nur an einen der möglichen oder an mehrere oder an alle Bedeutungsinhalte anknüpfen wollte, die der Begriff in seiner Fachwissenschaft hat. Führt diese Prüfung zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist davon auszugehen, daß der Begriff in allen seinen Bedeutungen vom Gesetzgeber übernommen wurde, daß die Verweisung auf die vor-juristischen Inhalte pauschal erfolgt und die definitorische Auslegung im einzelnen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis überlassen ist. Für die "teleologische Auslegung", für die Argumentation aus der "Natur der Sache" ist dann ein vergleichsweise großer Raum gegeben.

Nach alledem ist die Anschauung, welche die Fachwissenschaft mit dem "rezipierten" Begriff verbindet, der Auslegung zugrundezulegen. Das setzt der juristischen Interpretation Grenzen. Diese Grenzen sind bei neueren Gesetzen und bei solchen, die der Verwirklichung einer sittlichen Wert- oder Ordnungsidee nicht unmittelbar dienen, in der Regel eng gezogen, vorausgesetzt, daß der fachwissenschaftliche Begriff selbst relativ eindeutig ist [85]. Eine totale Determination des juristischen durch den vor-juristischen Begriff kann indes angesichts des beschriebenen Tatbestands der "Verrechtlichung" niemals eintreten.

---

84) aaO (Anm. 83) S. 173.

85) Die Grenzen können in der Praxis - z.B. bei den Normen eines Zolltarifs - so eng werden, daß für eine juristische Interpretation kein entscheidender Raum mehr bleibt. Das ändert aber nichts an dem oben herausgestellten Grundsatz.

Vorstehendes gilt auch für das Verhältnis von wirtschaftswissenschaftlicher Definition und wirtschaftsrechtlicher Interpretation des Begriffs "marktgerechte Maßnahmen" im WSG. Auch insoweit bleiben die Wirtschaftswissenschaften eine "Hilfswissenschaft", freilich in einem bedeutsamen Umfang.

§ 4. "Wirtschaftslenkung"

1. Der Begriff "Wirtschaftslenkung"

Grundsachverhalt alles menschlichen Wirtschaftens ist die - tatsächliche oder als solche empfundene - Knappheit an Gütern und Leistungen. Der Sinn des Wirtschaftens besteht in der Deckung eines Bedarfs, der nach Umfang, Qualität und Dringlichkeit höchst vielgestaltig ist und sich auf die Gegenwart und Zukunft erstreckt [1].

Das Wirtschaften ist dabei nicht Selbstzweck. Es dient der Schaffung und Erhaltung der materiellen Grundlagen des menschlichen Daseins. Der Erfolg des Wirtschaftens ist daher nicht ausschließlich mit ökonomischen Maßstäben zu messen. Das ist um so weniger der Fall, je höher in einer Volkswirtschaft Produktivitätsgrad und Niveau der materiellen Versorgung gestiegen sind. Denn desto eher kann die Gesellschaft es sich leisten, unter Verzicht auf das ökonomische Maximum auch außerökonomische Ziele zu erstreben [2].

Um die Bedarfsdeckung zu gewährleisten, ist der zweckmäßige und planvolle [3] Einsatz der - stets begrenzten - gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazität notwendig. Diese Kapazität besteht aus den verfügbaren Arbeitskräften mitsamt ihrem wissenschaftlichen,

---

1) v.STACKELBERG, ORDO Bd. II S. 194.

2) THALHEIM, FS Jahn S. 582.

3) Jedes Wirtschaften hat - angesichts des Knappheitsgesetzes - planvoll zu sein, ist in diesem Sinne "Planwirtschaft"; unterschiedliche Meinungen bestehen erst darüber, wer Subjekt des Planes sein soll; vergl. HENSEL, ORDO Bd. XV/XVI S. 7 und vor allem EUCKEN, Grundsätze S. 155 ff.

technischen und organisatorischen Können, den Naturgaben (Rohstoffen) und allen aus der Vergangenheit übernommenen Produkten (den bisherigen Investitionen).

"Wirtschaftslenkung" würde demnach nichts anderes bedeuten als: planvolle Lenkung der gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazität zum Zwecke der gesamtwirtschaftlichen Bedarfsdeckung und zur Erreichung außerökonomischer Zielsetzungen. Es wäre für diesen Begriff gleichgültig, wodurch diese Lenkung, diese "Zuteilung knapper Resourcen in Bezug auf die zahlreichen Wünsche und Zwecke der Menschen"[4] geschähe, ob durch den Staat, andere öffentlich-rechtliche Verbände, ob durch einzelne mächtige Marktteilnehmer (Monopole), durch Zusammenschlüsse von Marktteilnehmern (Kartelle, Gewerkschaften, berufsständische Organisationen), oder durch vorgegebene, "natürliche" Sachgesetzlichkeiten (einen "Marktmechanismus").

Der Ausdruck "Wirtschaftslenkung" bezeichnet nun sowohl einen Begriff des Wirtschaftsverwaltungsrechts [5] als auch einen Begriff der Volkswirtschaftslehre [6]. Hier ist der Rechtsbegriff "Wirtschaftslenkung" darzustellen.

Weitgehende Einigkeit besteht insoweit, als der Ausdruck "Wirtschaftslenkung" in dem Sinne gebraucht wird, als mit ihm die Beeinflussung wirtschaftlichen Geschehens und ökonomisch relevanten Verhaltens der Staatsbürger nur durch den Staat und öffentlich-rechtliche Institutionen, nicht durch Private, gekennzeichnet wird [7]. Zur Beschreibung dieses Sachverhalts sollte indes jene, auf einer weitverbreitenden wirtschaftswissenschaftlichen Terminologie beruhende Ausdrucksweise nicht verwendet werden, die anstelle

---

4) SCHNEIDER in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER S. 214.

5) z.B. BALLERSTEDT, AöR Bd. 74 S. 129 ff; HAMANN, Rechtsstaat S. 13; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 197 u.ö.; ferner - wenn auch ohne Definition - RINCK, Lehrb. Randn. 254 ff.

6) PÜTZ, Theorie S. 123 ff., EUCKEN, Grundsätze S. 155 ff., bezeichnet auch die Selbststeuerung der wirtschaftlichen Abläufe als "Lenkung".

7) So die in Anm. 5 und unten 8 genannten Autoren.

von "Wirtschaftslenkung" von "Interventionismus" spricht [8].

a) Ablehnung des Begriffs "Interventionismus"

Der wirtschaftswissenschaftliche Begriff des "Interventionismus" [9] ist - historisch gesehen - mit einer negativen Wertung belastet [10]. Er geht davon aus, daß die Wirtschaft "an sich" aus sich selbst heraus funktioniere, daß auftretende Störungen durch einen Prozeß der Selbstheilung überwunden würden. Die staatlichen "Eingriffe" in "die Wirtschaft" werden für störend, ja für widernatürlich gehalten, zumal dann, wenn sie eine Selbstheilung nicht förderten.

Auf der Ebene des Wirtschafts- und Staatsrechts kennzeichnet die Verwendung des Ausdrucks "Interventionismus" ein "Denken von der Gesellschaft her" (EHMKE [11]), hier von einer "staatsfreien" Wirtschaft aus gegen den Staat [12].

Nun ist es zwar sicher richtig, daß der Staat durch eine ihm außerrechtlich vorgegebene oder durch eine freiwillige Beschränkung seines "Rechtssetzungs- und Gewaltmonopols" [13] eine "staatsfreie" Sphäre für den einzelnen Staatsbürger vorfindet oder respektiert und dies in der Anerkennung eines unverletzlichen Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) auch tut. Das bedeutet aber

---

8) Vor allem NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 58 ff.; ferner GYGI, Interventionsrecht usw. pass.; SCHEUNER, VVDStRL 11, S. 1 ff. verwendet den Begriff nur mit Vorbehalten (S. 8 ff.).

9) v. MISES, Kritik des Interventionismus; MARBACH, Zur Frage der wirtschaftslenkenden Staatsintervention; KÜNG, Der Interventionismus; RÖPKE, HdSW S. 861 ff.; EUCKEN, Grundsätze S. 27 ff., 55 ff.

10) Vor allem bei v. MISES, RÖPKE und EUCKEN (siehe Anm. 9).

11) Wirtschaft und Verfassung S. 5 ff.; vergl. auch ders., "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, aaO pass.

12) So auch die Kritik von KRÜGER, Allgemeine Staatslehre S. 578, der allerdings nur im Ergebnis, nicht in ihren Grundlagen (Verabsolutierung des Staates, vergl. STEIN, NJW 1965, 2384 ff.) gefolgt werden kann.

13) BALLERSTEDT, AöR Bd. 74 S. 131, 136.

nicht, daß es eine "staatsfreie" Sphäre auch für die Gesamtheit der wirtschaftlichen Beziehungen der Staatsbürger untereinander, also für "die Wirtschaft" geben müsse, in der sich das wirtschaftliche Geschehen grundsätzlich unbeeinflußt und unbeeinflußbar durch die Gesetze des Staates nur nach ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten [14] abwickele. Auch ein dualistisches Verständnis von Staat und Gesellschaft, wie es im Begriff "Wirtschaftslenkung" angelegt ist [15] (lenkendes Subjekt und gelenktes Objekt), impliziert nicht notwendig, daß die Gesellschaft "staatsfrei" sein müsse. Gerade das Wirtschaften vollzieht sich, sobald es den ersten Schritt zur Arbeitsteilung und damit zur Tauschwirtschaft tut, immer in einem menschlichen Verband mit einer bestimmten gesellschaftlichen Ordnung, die weitgehend als Rechtsordnung gesichert und ausgebaut ist [16]. Auch für das Zeitalter des Liberalismus im 19. Jahrhundert kann eine genauere Analyse zeigen, daß sich der Staat nicht darauf beschränkt hat, unter Verzicht auf Zielsetzungen politisch-sozialen Gehalts lediglich eine Privatrechtsordnung als reine Friedens- und Schlichtungsordnung nur zu dem Zweck zu schaffen, dem freien Spiel der Kräfte Raum zu geben [17].

Entscheidend ist weiter, daß unser Staat heute als freiheitliche Demokratie verfaßt und damit auf eine Integration aller gesellschaftlichen Kräfte hin angelegt ist [18]. Gerade für den modernen Staat, in dem die Existenzsicherung der Bürger immer mehr vom Gedeihen der Wirtschaft abhängt, wo "Gesundheit der Wirtschaft" und

---

14) Das wäre z.B. das Gesetz von Angebot und Nachfrage, vergl. v. STACKELBERG, ORDO Bd. II S. 195.

15) HAMANN, Rechtsstaat, S. 14.

16) RITSCHL, WeltArch Bd. S. 219. Die "Fiktion einer staatsfreien Sphäre für die Wirtschaft" wird in der rechtswissenschaftlichen Lit. überwiegend abgelehnt, vergl. u.a. SCHEUNER, VVDStRL 11, S. 8 ff.; BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, aaO S. 33; EHMKE, Wirtschaft u. Verf. S. 7.

17) WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S. 289 ff., 318 f. (für die großen Kodifikationen des 19. Jahrh.).

18) SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, aaO S. 136, 148 ff.

"Stabilität der Währung" zu wesentlichen Staatszwecken werden und die politische Diskussion fast beherrschen, kommt dieser Integration große Bedeutung zu [19]. Staat und Wirtschaft sind innerhalb des sozialen Ganzen eines Volkes Bereiche verschiedener Struktur und mit verschiedenen Aufgaben. Sie stehen jedoch in vielfacher wechselseitiger Abhängigkeit und integrierender Durchdringung [20]. Nach alledem erscheint es verfehlt, in den an räumlichen Vorstellungen orientierten und schon von daher einer Integration widerstreitenden Kategorien einer "staatsfreien" Sphäre für "die Wirtschaft" und einer "Intervention" in eben diese Sphäre zu denken [21]. Die Begriffsbildung "Wirtschaftslenkung" ist derartigen Einwänden nicht ausgesetzt. Sie verdient daher den Vorzug.

b) Inhalt des Begriffs "Wirtschaftslenkung"

Wie gesagt wurde, dient das Wirtschaften der Bedarfsdeckung und dadurch und darüber hinaus außerökonomischen Zielsetzungen. "Wirtschaftslenkung" ist dadurch definiert, daß der Staat in Verfolgung eben dieser Zielsetzungen die gesamtwirtschaftliche Produktionskapazität und deren Ergebnisse reguliert und dirigiert. Die Ziele der Wirtschaftslenkung müssen also entweder ökonomisch bestimmt oder durch Einwirken auf ökonomisches Geschehen erreichbar sein. Daher scheiden Maßnahmen des Staates, die lediglich zur Gefahrenabwehr (im Sinne des Polizeirechts) innerhalb des Wirtschaftsablaufs selbst getroffen werden (also Maßnahmen zum Schutze von Publikum und Arbeitnehmern vor gefährlichen Produkten und Betrieben), aus dem Begriff der Wirtschaftslenkung aus [22]. Zum Begriff der Wirtschaftslenkung gehört es, daß der Staat eine aktive Lenkung und Beeinflussung des Wirtschaftsablaufs erstrebt und zur Verfolgung bestimmter ökonomischer und politisch-sozialer Ziele auf die Hervorbringung und Verteilung von Gütern und Leistungen einwirkt [23].

---

19) Ähnlich STERN, DöV 1961, 325 ff. (unter Bezugnahme auf SMEND).

20) HALLERSTEDT, AöR Bd. 74 S. 136.

21) EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 5 u.ö.

22) SCHEUNER, VVDStRL Heft 11, S. 7; RINCK, Lehrb. Randn. 9.

23) SCHEUNER, aaO; ihm folgend EHLERMANN, Wirtschaftslenkung und Entschädigung S. 4; GYGI, Interventionsrecht usw. S. 11; ähnlich in der wirtschaftswiss. Lit.: RÖPKE, HdSW S. 864; MARBACH, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention S. 21; KÜNG, HdSW S. 321.

Wirtschaftslenkung ist dabei umfassend in dem Sinne, daß sie - vorbehaltlich rechtlicher Schranken, vor allem der Verfassung [24] - sich wahlweise auf alle Stufen des Wirtschaftsablaufs von der ersten Gewinnung primärer Güter bis hin zum letzten Verbrauch erstrecken kann, einschließlich des gelenkten Einsatzes von Kapital und Arbeitskräften. Es kommt auch nicht darauf an, welcher Mittel sich der wirtschaftslenkende Staat im einzelnen zur Erreichung seiner Ziele bedient [25]: ob des direkten hoheitlichen Befehls und Zwanges der Bewirtschaftung oder der mehr indirekten Wirkungsmöglichkeiten über Subventionen und über die Gestaltung der Währungs-, Kredit- und Steuerpolitik [26], ob der Ausgabenpolitik (Finanzpolitik) der öffentlichen Haushalte, oder ob eine Beeinflussung wirtschaftlichen Handelns durch Ratschläge, Empfehlungen, Propaganda oder "moral persuasion" [27] versucht wird. Ferner ist es für den Begriff unbeachtlich, ob die Lenkung ein bestimmtes wirtschaftliches System stützt, ihm lästig ist oder ihm widerstreitet [28]. Der Begriff ist undogmatisch zu verstehen [29]. Es ist gleichgültig, welchem Modell der theoretischen Nationalökonomie eine Wirtschaftsordnung angehähert ist oder nach den in den politischen Instanzen gerade vorherrschenden wirtschaftspolitischen Anschauungen angenähert sein soll. Es kommt nur darauf an, wie es in einer Volkswirtschaft faktisch aussieht [30]. Drängt die Wirtschaft, aus welchen Gründen auch immer, zu einer Monopolbildung

---

24) Vergl. BVerfGE 4, 7, 17 f.; 7, 377, 400.

25) a.A. HAMANN, Rechtsstaat S. 13: nur "direkte Mittel"; vergl. dagegen z.B. ISAY, FS Schmidt-Rimpler S. 403 ff.

26) Die Steuerpolitik ist das Hauptwerkzeug der modernen Wirtschaftslenkung, SCHEUNER, aaO (Anm. 22) S. 41 ff. m.w.N.

27) Sog. "apokryphe" Wirtschaftslenkung, vergl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 201.

28) a.A. BALLERSTEDT, AöR Bd. 74 S. 137, der nur "subsidiäre" Maßnahmen aus dem Begriff ausklammert. In der wirtschaftswiss. Lit. ähnlich v. MISES, Kritik des Interventionismus S. 3; dagegen schon KÜNG, Interventionismus S. 3. Zum Konformitätsproblem siehe im übrigen unten S. 62 ff.

29) So auch in der wirtschaftswiss. Lit. vor allem PÜTZ, Theorie S. 167, 186 ff.

30) EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 11 Anm. 24.

oder Kartellierung, so ist ein Gesetz, das dieser Tendenz mit einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und der Statuierung von staatlichen Aufsichtsrechten entgegentritt [31], ein wirtschaftslenkendes Gesetz [32]; denn es versucht, zur Verwirklichung bestimmter ökonomischer und politisch-sozialer Zielsetzungen [33] die in der Realität vorhandenen oder sich bildenden Marktformen gestaltend zu beeinflussen und zu ordnen.

Ist die Wirtschaftslenkung hiernach gekennzeichnet durch eine undoktrinäre Vielfalt der Mittel, so ist sie gleichwohl begrifflich abzugrenzen gegen eine Zentralverwaltungswirtschaft [34].

c) Abgrenzung gegenüber dem Begriff "Zentralverwaltungswirtschaft"

"Zentralverwaltungswirtschaft" wird hier nicht als wirtschaftswissenschaftlicher Begriff verstanden, sondern als Begriff, mit dem der Rechtsbegriff "Wirtschaftslenkung" gegen eine besondere Erscheinung stattlicher Planung und Leitung der Volkswirtschaft abzugrenzen ist. Entscheidend ist daher nicht, ob der Staat einen Modelltyp der Zentralverwaltungswirtschaft im wirtschaftswissen-

---

31) Vergl. §§ 1, 2 ff., 22 GWB.

32) Wie hier SCHEUNER, VVDStRL 11, S. 23 ff.; anders dagegen die Autoren, die in der Positivierung der "konstituierenden Prinzipien der Wettbewerbsordnung" (siehe oben S. 17) keine "Lenkung" sehen; statt aller: NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 62 f. m.w.M.

33) Aufzählung solcher Ziele bei RINCK, Lehrb. Randn. 586 ff.

34) hM, vergl. die Autoren in Anm. 23 auf S. 38; ferner PÜTZ, Theorie S. 157, 171; unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten: HUBER, DöV 1956, 98; DÜRIG in Maunz-Dürig GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 46. Anders insbesondere ISAY, FS Schmidt-Rimpler S. 408, der die Möglichkeit leugnet, juristisch eine Abgrenzung von "gelenkter Wirtschaft" und "Zentralverwaltungswirtschaft" durchzuführen, ohne in ein Modelldenken zu verfallen; da es eine staatsfreie Wirtschaft nicht gebe (ISAY beruft sich auf v. NELL-BREUNING, FinArch Bd. 13 S. 408) sei jede Wirtschaft mehr oder weniger verwaltet; lediglich in Bezug auf die angewendeten Mittel bestünden graduelle Unterschiede. Die Ablehnung dieser Auffassung ergibt sich aus dem Text. Im übrigen lassen sich auch unter dem Stichwort der "Planung" Kriterien für eine Abgrenzung finden, vergl. SCHEUNER, Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Planung, aaO. S. 83 ff.

schaftlichen Sinn [35] schafft oder in welchem Umfang die Wirtschaftsordnung den modelltheoretischen Extremfällen angenähert wird. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Staat das Sondereigentum an den Produktionsmitteln bestehen läßt oder ausdrücklich durch Kollektiveigentum ersetzt [36]. Bei nominell noch vorhandenem Privateigentum ist eine Zentralverwaltungswirtschaft durchaus möglich, wie der Zustand der deutschen Wirtschaft unter der späteren Phase der nationalsozialistischen Herrschaft zeigt [37].

Eine Zentralverwaltungswirtschaft liegt regelmäßig dann vor, wenn der Staat eine Umgestaltung der Wirtschaftsordnung mit dem Ziel erstrebt, eine umfassende und zentrale Gesamtplanung und -leitung des Wirtschaftsablaufs zu erreichen [38]. Dieses Ziel wird ideologisch oder machtpolitisch bestimmt sein und in einer programmatischen staatspolitischen Erklärung oder in einer auf Dauer angelegten Staatspraxis seinen Ausdruck finden. Kennzeichnend für das zentralverwaltungswirtschaftliche System ist nicht nur, daß die Planung und Leitung der einzelwirtschaftlichen Handlungen vom Staat übernommen werden. Wesentlich ist, daß dies mit einem durchgehenden System von zwangsweise durchzusetzenden Anordnungen geschieht. Das spezifisch rechtliche Kriterium ist also, daß in der Zentralverwaltungswirtschaft die eigenständige wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der wirtschaftenden Menschen als Unternehmer, Arbeitnehmer und Verbraucher ausgeschlossen oder derart begrenzt wird, daß von einem (funktionellen) Dualismus von Staat und Wirtschaft nicht mehr gesprochen werden kann. Wirtschaftliches Handeln ist hier politisches Handeln und umgekehrt. Auf längere Sicht wird so das Privateigentum an den Produktionsmitteln ausgehöhlt, da die totale Planung und Leitung des Einsatzes dieser Mittel die Verfügungsbefugnis des Eigentümers und damit dessen Eigentumsrecht nicht nur einschränkt sondern schließlich in seinem Wesensgehalt zerstört.

---

35) Dazu EUCKEN, Grundsätze S. 61 ff.; HENSEL, ORDO Bd. XV/XVI S. 3 ff.

36) So früher RÖPKE, HdSW S. 864 und v. MISES, Kritik des Interventionismus S. 3 ff.

37) EUCKEN, Grundsätze S. 60; RINCK, Lehrb. Randn. 39.

38) SCHEUNER, VVDStRL 11, S. 7.

Im Gegensatz hierzu zeichnet sich die Wirtschaftslenkung dadurch aus, daß sie die gesellschaftlichen Kräfte, die im menschlichen Wirtschaften wirksam sind, nicht usurpiert, sondern in einer "dialektischen Gleichzeitigkeit von Freiheit und Bindung" (E.R. HUBER)[39] integriert.

Wirtschaftslenkung erstrebt also, anders als die Zentralverwaltungswirtschaft, nicht die Umgestaltung der Wirtschaftsordnung nach einem bestimmten Plan. In diesem Sinne verfolgt sie nur "Sonderziele" [40]. Damit ist die Gefahr eines allzu pragmatischen Punktualismus der Maßnahmen zur Befriedigung von Interessentenwünschen verbunden [41]. Wirtschaftslenkung bedarf daher einer auf Dauer angelegten wirtschaftspolitischen Konzeption [42]. Diese ist nicht "Entscheidung" im Sinne eines dezisionistischen Denkens, sondern ein für die Gesamtheit aller wirtschaftspolitischen Entscheidungen geltendes Leitbild, das zwar von bestimmten Idealvorstellungen und Ordnungsmodellen abgeleitet, in der praktischen Verwirklichung seinem Wesen nach aber stets ein Kompromiß ist [43], der in der politischen Auseinandersetzung täglich bestätigt oder neu geformt wird. Daß dies auch mit integrierender Kraft möglich ist, beweist die Entwicklung, die in den letzten fünfzehn Jahren in der Bundesrepublik unter der wirtschaftpolitischen Konzeption einer "sozialen Marktwirtschaft" [44] stattgefunden hat [45].

---

39) HUBER, DöV 1956, 101; zustimmend EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 36.

40) KÜNG, HdSW S. 321; STRAUSS, Entwicklung usw. S. 10, 11, 13.

41) Eindringlich bereits RÜSTOW, Diskussionsbeitrag S. 62 ff.; ferner KÜNG, HdSW S. 328.

42) Das ist allg. Meinung; vergl. für den Liberalismus schon RÖPKE, HdSW S. 866 ff.; für die "freiheitlich-sozialistische" Richtung SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 29; ferner für die durch J.M. KEYNES beeinflußte Theorie PÜTZ, Theorie S. 152 ff., 167.

43) PÜTZ, Konzeption S. 11, 15, unter Bezugnahme auf JÖHR, Der Kompromiß als Problem der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Sozialethik (1958) S. 15.

44) Zu ihrem Inhalt MÜLLER-ARMACK, HdSW S. 390 ff.

45) EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 23, bezeichnet es als "große Leistung unserer Demokratie", daß sich das wirtschaftspolitische System der "sozialen Marktwirtschaft" im Wege der "Integration zu einer gesteigerten Einheit" (SMEND) in allen Parteien durch-

Wirtschaftslenkung bedarf ferner der Planung [46]. Es wäre töricht, von einer das wirtschaftliche Geschehen lenkenden Politik des Staates Rationalität zu verlangen, ihr aber die planende Vorausschau, die Setzung von Planzielen und ein plangemäßes Handeln zu verwehren, sie also auf bloße Improvisation zu verweisen. Die Bedrohungen der Freiheit sind in unserer Welt allein durch Improvision nicht abzuwehren. Staatliche Planung auf dem Gebiet der Wirtschaft ist daher nicht notwendig anti-freiheitlich [47]. Sie unterscheidet sich von der Planwirtschaft zentralverwaltungswirtschaftlicher Systeme dadurch, daß sie einem spontanen Handeln der Staatsbürger Raum läßt [48], also nicht alle Bereiche der Wirtschaft (und Kultur) normativ "verplant". Staatliche Planung muß nicht umfassend normativ sein und schließt private Planung nicht aus, ja sie kann dazu dienen, einen gesicherten Rahmen zu geben, in dem sich die Spontaneität entfalten kann. Die Planung liefert vor allem durch informative und indikative Pläne [49] die notwendige Basis, auf der sich jene für den modernen Staat wichtige Integration vollziehen kann.

---

gesetzt habe; das ist in der Tat der Fall, wenn man sich vor Augen führt, daß die praktischen Unterschiede - bei aller Divergenz in der theoretischen Begründung - zwischen der "sozialen Marktwirtschaft" und der "gelenkten Marktwirtschaft", wie sie vom freiheitlichen Sozialismus propagiert wird (vergl. SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 29 ff.) gering geworden sind.

46) IPSEN, Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung, aaO Randn. 5 ff.; SCHEUNER, Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Planung, aaO S. 79 f. Zum ganzen Problemkreis: A. PLITZKO (Herausgeber), Planung ohne Planwirtschaft (Frankfurter Gespräch der List-Gesellschaft), 1964.

47) KAISER, Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, aaO S. 16 ff.; vergl. dort S. 34 vor allem die zutreffende These, daß Freiheit und Rationalität (und damit Planung) einander fordern und bedingen.

48) BULLINGER, Umbildung des Verwaltungsrechts durch Planung in der DDR, aaO S. 195, 201.

49) Zu diesen Begriffen SCHEUNER, aaO (Anm. 46) S. 83 ff.

Durch das Vorhandensein von Konzeption und Planung wird die Wirtschaftslenkung und ihr Recht über das Niveau einer bloßen Krisenerscheinung und eines Krisenrechts [50] hinausgehoben. Sie werden zum dauernden Bestandteil unserer politischen und rechtlichen Ordnung [51].

d) Sonderfall der Wirtschaftslenkung: die Kriegswirtschaft - Abgrenzung gegenüber dem Begriff "Verteidigungswirtschaft"

Das WSG soll (mit der Ermächtigung seines § 14) nicht nur dazu dienen, die Wirtschaftslenkung mit Bewirtschaftungsmaßnahmen in einer Versorgungskrise zu ermöglichen, sondern auch (und wohl in erster Linie [52]) dazu, die Verteidigung der Bundesrepublik gegen einen militärischen Angriff auch wirtschaftlich sicherzustellen und damit gemäß der "Strategie der Abschreckung" den Eintritt des "Verteidigungsfalles" nach Möglichkeit zu verhindern. Sollte es im Kriegsfall angewendet werden, so würde es, wie schon das Ermächtigungsgesetz vom 4.8.1914 [53], dazu benutzt werden müssen, eine "Kriegswirtschaft" einzuführen.

Schon Adam SMITH hat die Kriegswirtschaft von der Geltung seiner liberalen Grundsätze ausgenommen: Landesverteidigung (defence) sei wichtiger als Reichtum (opulence) und habe den Vorrang gegenüber wirtschaftlichen Erwägungen auf kurze Sicht [54]. Die Kriegswirtschaft ist - wie ihr Name sagt - durch die Unterordnung alles Wirtschaftens unter die Zwecke der Kriegsführung gekennzeichnet [55]. Sie ist die Wirtschaft im Kriege und zur unmittelbaren Vorbereitung desselben. Das wirtschaftslenkende Handeln des Staates wird nicht durch ökonomische Motive, sondern durch machtpolitische und das Gebot der staatlichen Selbstbehauptung bestimmt.

---

50) So, historisch bedingt, HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1 S. 10.

51) SCHEUNER, DöV 1960, 601 ff.; RINCK, Lehrb. Randn. 5 m.w.N.

52) Oben S. 2, 9 ff.

53) RGBl. S. 327; dazu unten S. 79 ff.

54) Nach SCHMÖLDERS, Geschichte der Volkswirtschaftslehre S. 29.

55) Zum Begriff und den Problemen der Kriegswirtschaft vergl. GEBAUER, HdSW S. 361 ff.

Eine Kriegswirtschaft wird, je nach dem Grad der militärischen Anstrengungen, auch zentralverwaltungswirtschaftliche Züge tragen müssen. Im Kriegsfall hat sich die Wirtschaft auf einen weitgehend uniformen Bedarf der Streitkräfte und auf die Versorgung der Zivilbevölkerung mit den "nötigsten" Dingen umzustellen. Die kurzfristigen Reaktionen der erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen, die sich in Friedenszeiten auf einen vielfältig differenzierten Bedarf eingestellt haben, sind wegen des hohen Anteils der konstanten Kosten an den Gesamtkosten ihrer Produktion relativ unelastisch, so daß erhebliche Verzögerungen auf der Angebotsseite für einen plötzlich gesteigerten militärischen und zivilen Kriegsbedarf unvermeidlich wären, würde der Staat nicht mit einem Bündel von Zwangsmaßnahmen eingreifen [56].

Angesichts dessen erscheint es zweifelhaft, ob die Kriegswirtschaft noch als Fall der Wirtschaftslenkung angesehen werden kann und nicht der Zentralverwaltungswirtschaft zugerechnet werden müßte. Entscheidend dürfte der Gesichtspunkt sein, daß eine Kriegswirtschaft immer nur temporären Charakter hat. Sie wird nicht um ihrer selbst willen geschaffen und soll nach dem Ende der militärischen Auseinandersetzungen wieder verschwinden. Es geht also nicht um eine Umgestaltung der Wirtschaftsordnung, sondern nur um eine Anpassung unter dem Druck übermächtiger Notwendigkeiten, wobei die Strukturen der "eigentlichen" Ordnung möglichst zu schonen sind. So ist ein Optimum an kriegswirtschaftlicher Lenkung nicht mit einem Maximum zu verwechseln, wie sich im einzelnen aus der Geschichte des zweiten Weltkriegs nachweisen läßt [57], zumal die Umstellung auf eine überwiegend marktwirtschaftliche Friedenswirt-

---

56) v. STACKELBERG, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre S. 345, 60, 170. Das gilt allerdings dann nicht, wenn es sich um den Krieg eines (relativ) mächtigen gegen einen (relativ) ohnmächtigen Staat handelt, einen - nur vom Standpunkt des Mächtigen - "kleinen Krieg".

57) GEBAUER, aaO (Anm. 55); RÜSTOW, ORDO Bd. II S. 127 ff.; ferner FACIUS, Wirtschaft und Staat S. 175, zu den chaotischen Zuständen der deutschen militärischen Kriegswirtschaft im 2. Weltkrieg: "An der Herrschaft der Unvernunft und der Überorganisation ging die Wirtschaftsführung des Reichs zugrunde...".

schaft umso reibungsloser gelingt, je weniger die Wirtschaft im Kriege kommandiert wurde. Hieraus ergibt sich im Grundsatz - die praktische Verwirklichung hängt weitgehend von der wirtschaftlichen, geographischen und strategischen Situation eines Staates ab - daß verkehrswirtschaftliche Formen einer kriegswirtschaftlichen Lenkung ("marktgerechte Maßnahmen") den zentralverwaltungswirtschaftlichen vorzuziehen sind. Nach alledem erscheint es für den Juristen richtig, die Kriegswirtschaft als einen Sonderfall der Wirtschaftslenkung, nicht als Zentralverwaltungswirtschaft im eigentlichen Sinne anzusprechen [58].

Ein normaler Fall von Wirtschaftslenkung liegt vor, wenn es sich um Belange der "Verteidigungswirtschaft" handelt. Unter "Verteidigungswirtschaft" sind die in eine friedensmäßige Gesamtwirtschaft eingegliederten Anstrengungen zur Deckung des militärischen Bedarfs zu verstehen [59], die der Herstellung und Erhaltung der Verteidigungsbereitschaft dienen. Die Prioritäten der Verteidigungswirtschaft sind nur relativ, die der Kriegswirtschaft absolut. Ersteren ist in einem überwiegend marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftssystem in der Regel auch ohne den Einsatz von Lenkungsmaßnahmen Geltung zu verschaffen. Erst in einer allgemeinen Versorgungskrise erfordern sie Mittel der Wirtschaftslenkung, damit eine "Strategie der Abschreckung" nicht unglaubwürdig wird.

2. Wirtschaftswissenschaftliche Begründung der Wirtschaftslenkung

Es besteht heute, soweit ersichtlich, in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie Einmütigkeit darüber, daß die moderne arbeitsteilige Wirtschaft, soll sie zugleich Marktgleichgewicht, optimale Bedürfnisbefriedigung bei stetigem wirtschaftlichen Wachstum, leistungsgemäße Verteilung des Sozialprodukts und einen ausreichend hohen Beschäftigungsgrad garantieren, nicht sich selbst überlassen

58) Würde man das nicht tun, so wäre die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer "Kriegswirtschaft" problematisch, siehe unten S. 178 ff.

59) Zum Begriff GEBAUER, HdSW Bd. 11 S. 259 ff.

bleiben kann. Diese Auffassung steht in einem scharfen Gegensatz zu den Lehren der klassisch-liberalen Nationalökonomie über das Verhältnis von Staat und Wirtschaft. In der Wirtschaft, so wurde gelehrt [60], herrsche eine natürliche Ordnung der Dinge, ein "ordre naturel". Dieser halte von sich aus den Wirtschaftsablauf im Gleichgewicht und gestalte ihn reibungslos. Auch der Lohn des Wirtschaftens werde so gerecht verteilt. Der Staat habe nichts anderes zu tun, als die natürliche Ordnung zu respektieren, könne im übrigen aber den Dingen ihren Lauf lassen: "Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même" - dieser Grundsatz der physiokratischen Schule wurde zum politischen Schlagwort des liberalen Zeitalters. Der "ordre naturel" wurde entweder naturrechtlich, als eine von Gott gegebene Ordnung verstanden, wie bei den Physiokraten, oder mehr deistisch-mechanistisch als Markt- und Preismechanismus bei freier Konkurrenz, wie in der klassischen Lehre des Adam SMITH; jedenfalls entstand nach beiden Ansichten in der Wirtschaft "wie durch eine unsichtbare Hand" eine allgemeine Harmonie der Interessen [61].

In solchen Lehrsystemen konnte für eine aktive Wirtschaftspolitik und -lenkung kein Raum sein. Andere Lehren teilten zwar nicht die Ansicht von der allgemeinen Harmonie der Interessen. Für sie machte aber das Walten unerbittlicher quasi-Naturgesetze im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ablauf, welche die wirtschaftliche Entwicklung auf ein bestimmtes Ziel hin determinierten (nach MARX: den Untergang des Kapitalismus), den Gedanken an staatliche Wirtschaftslenkung überflüssig. Damit Wirtschaftslenkung in ihrem heutigen rationalen Sinne möglich werden konnte, mußte die Erkenntnis in das allgemeine Bewußtsein treten, das Wirtschaft manipulierbar sei und manipuliert werden solle [62], und zwar zu einer besser funktionierenden und gerechter verteilenden Wirtschaftsordnung hin,

---

60) Zur Dogmengeschichte RITSCHL, WeltwArch Bd. 65 S. 219 ff.; ferner SCHMÖLDERS, Geschichte der Volkswirtschaftslehre S. 18 ff.; zur Kritik des "Laissez-faire" aus ordoliberaler Sicht: EUCKEN, Grundsätze S. 34 ff.

61) SCHMÖLDERS, asO S. 28 m.w.N.

62) STRAUSS, Entwicklung S. 6; KÜNG, der Interventionismus S. 23 f. spricht zutreffend von einer "voluntaristischen" Haltung gegenüber der Wirtschaft.

ohne daß damit zugleich eine revolutionäre Umgestaltung der gesellschaftlichen und politischen Ordnungen zu verbinden wäre. Im Rahmen der Aufgabenstellung sind hierzu die Ansichten des Ordo-Liberalismus zu erörtern, dem der Begriff der "marktgerechten Maßnahmen" des WSG entstammt [63]. Ihnen sind kritische Stimmen anderer Theoretiker gegenüberzustellen [64]. Der Ordo-Liberalismus und seine Kritiker haben trotz ihrer verschiedenen Ausgangspunkte die Ansicht aufgegeben, daß eine ohne staatliche Einflußnahme wirksame, also prästabilisierte, Harmonie des Wirtschaftsablaufs möglich sei.

a) Die ordoliberale Theorie [65]

Die ordoliberale Theorie ist wie die klassisch-liberale der Meinung, daß der Markt- und Preismechanismus das Instrument sei, mit dem die beste Ausnutzung der Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft und zugleich ihre größte Stabilität herbeigeführt werden könne.

Eine freie Preisbildung hat die Eigenschaft, daß bei einem Mißverhältnis zwischen Angebot und Nachfrage, zwischen den Mengen der zur Veräußerung oder entgeltlichen Überlassung auf Zeit bereitstehenden Gütern und den von den Konsumenten gewünschten Gütern, der Preis solange steigt oder fällt, bis Angebot und Nachfrage durch die Rückwirkung des Preises auf die Entschlüsse der Marktteilnehmer untereinander zur Deckung gebracht sind, mit der Folge, daß Veräußerung oder Überlassung stattfinden. So entsteht der Gleichgewichtspreis. Seine wesentlichste Funktion ist, daß er den Markt

63) Unten S. 134 ff.

64) Dazu besteht umso mehr Anlaß, als jenen Kritikern im juristischen Schrifttum in der Regel wenig Raum gegeben wird, z.B. bei RINCK, Lehrb. Randn. 61 ff. oder FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958) S. 14 ff., 76 ff., so daß die ordoliberale Theorie leicht als die "einzige" erscheint.

65) Vergl. hierzu: RÖPKE, Die Lehre von der Wirtschaft; EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik; MÜLLER-ARMACK, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft; MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe; HAYEK, Der Weg in die Knechtschaft; BÖHM, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung; v. STACKELBERG, ORDO Bd. II S. 193 ff.

"räumt" [66], so daß nirgends eine unbefriedigte Nachfrage oder nicht erfüllte Absatzwünsche zurückbleiben. Es wird dann also weder mangelhaft noch überflüssig produziert, alle Produktionsfaktoren sind ausgelastet (also auch die Arbeitskraft: keine Massenarbeitslosigkeit [67]).

Die freie Preisbildung wirkt als "Knappheitsanzeiger", bewirkt eine "getreue Nachrichtenübermittlung von der Produktionsfaktoren zu den Produzenten und umgekehrt" [68]. Sie führt dazu, daß die - stets knappen - Produktionsfaktoren in die Verwendung gelangen, in der sie den größten gesamtwirtschaftlichen Nutzen haben. So ist die maximale Produktivität der Volkswirtschaft erreicht. Denn der einzelne Unternehmer richtet seine Entschlüsse nach den Preisen, die er für seine Produkte erzielen kann. Er ist daher gezwungen, die Güter und diese in solcher Qualität herzustellen, daß er sie zu kostengerechten Preisen absetzen kann; sonst arbeitet er mit Verlust und scheidet aus dem Wirtschaftsprozeß aus. Nur der Unternehmer wird für seine Aufwendungen und Anstrengungen belohnt, der dieses Kalkulationsproblem [69], wenn auch nur intuitiv, löst, indem er die Produktionsfaktoren "richtig" einsetzt und unter dem Druck der zu günstigeren Bedingungen anbietenden Konkurrenz (des Wettbewerbs) immer zweckmäßigere und billigere Kombinationen der Produktionsfaktoren durch technische und betriebliche Rationalisierung erfindet. Mithin: der Gleichgewichtspreis gewährleistet die Stabilität; die freie Preisbildung löst das Lenkungs- (Planungs-), das Kontroll- (Auslese-) und das Verteilungsproblem [70].

Ihren besonderen Akzent erfährt die ordoliberale Theorie dadurch, daß sie mit ihren ökonomischen Aussagen gesellschafts- und rechtspolitische Forderungen verbindet. Hierdurch wurde sie den Vorwürfen,

---

66) RÖPKE, Die Lehre von der Wirtschaft S. 184, 224 ff.; EUCKEN, Grundsätze S. 155 ff.

67) EUCKEN, Grundsätze S. 109, 140 f.

68) v. STACKELBERG, ORDO Bd. II S. 197.

69) v. STACKELBERG, aaO S. 193 ff. stellt diese Frage unter Einbeziehung betriebswirtschaftlicher Aspekte ausführlich dar; vergl. auch EUCKEN, Grundsätze S. 160 ff.

70) Ähnlich HENSEL, ORDO Bd. XV/XVI S. 7 ff., 17 unter Gegenüberstellung mit der Ordnung einer Zentralverwaltungswirtschaft.

eine Ideologie [71] oder Utopie [72] zu sein, ausgesetzt. Die Ordoliberalen lehren, man müsse sich auch dann für ein Wirtschaftssystem der freien Märkte und der freien Preisbildung und eine diesen entsprechende Gesellschafts- und Rechtsordnung entscheiden (daher: "Ordo"-Liberalismus), wenn es - was natürlich nicht der Fall sei - nicht auch das ökonomisch Zweckmäßigste sei. Denn die ökonomische Freiheit, die von diesem System geschaffen werde, sei die Voraussetzung der Freiheit zur Lebensgestaltung [73], der politischen und kulturellen Freiheit schlechthin [74], des Rechtsstaats [75], ja sogar einer freien Gemeinschaft der Nationen [76]. Jeder Schritt, der von diesem System weg und in eine vom Staat kommandierte Wirtschaft führe, sei damit ein Schritt auf dem "Weg zur Knechtschaft" (HAYEK) [77].

Das Problem für die ordoliberale Theorie liegt nun darin, daß jene freie Preisbildung unstreitig nur dann ganz funktioniert, wenn alle Märkte der Volkswirtschaft die Preisbildungsform (Marktform) der "vollständigen Konkurrenz" aufweisen, auf allen Märkten Wettbewerb möglich ist und faktisch herrscht [78]. Die Marktform der vollständigen Konkurrenz kommt nun als gewissermaßen "natürliche" Ordnung auch nach der ordoliberalen Theorie in der wirtschaftlichen Realität aus sich selbst heraus nur selten, auf manchen Märkten auch gar nicht zustande, zumal die Unternehmer dazu neigen, durch Monopol- und Kartellbildung den Wettbewerb zur Verminderung ihres

---

71) Zu diesem Vorwurf siehe v. KÖHLER, NJW 1964, 2229 ff.

72) So RITSCHL, WeltwArch Bd. 65 S. 240, 251 u.ö.; den Vorwurf der Utopie machen sich Liberale und Sozialisten gegenseitig, vergl. ORTLIEB, Wandlungen des Sozialismus S. 50 ff.

73) HENSEL, ORDO Bd. XV/XVI S. 14.

74) HAYEK, Der Weg zur Knechtschaft S. 119 ff.; RÖPKE, Gesellschaftskrisis S. 284 ff.; MÜLLER-ARMACK, ORDO Bd. I S. 145; RÜSTOW, ORDO Bd. II S. 128.

75) EUCKEN, Grundsätze S. 128, 180 ff. u.ö.

76) RÖPKE, Die Lehre von der Wirtschaft S. 296.

77) Vergl. Anm. 74.

78) Statt aller: v. STACKELBERG, ORDO Bd. II S. 198.

unternehmerischen Risikos einzuschränken [79]. Zum zweiten ist die Marktform der vollständigen Konkurrenz, soweit vorhanden oder künstlich geschaffen, anfällig gegen Störungen verschiedener, vor allem konjunktureller Art [80]. Schließlich ist auch die "vollständige Konkurrenz" eingestandenermaßen [81] nicht in der Lage, alle Probleme zufriedenstellend zu lösen, vor allem nicht jene, bei denen es nicht um eine maximale gesamtwirtschaftliche Produktivität geht, sondern um sozialpolitische Probleme wie die Einkommensdistribution [82] und den Schutz in Not geratener ganzer Wirtschaftszweige bei der oft schmerzhaften Anpassung an Strukturveränderungen des Marktes. Nach alledem ergibt sich für die ordoliberale Theorie der Schluß, daß ein "Laissez-faire" weder wünschenswert noch möglich, vielmehr eine aktive Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung geboten ist [83]. Diese habe im wesentlichen drei Forderungen zu erfüllen.

Als erstes habe sie "positive Wirtschaftsordnungspolitik" zu sein, welche "die Herstellung eines funktionsfähigen Preissystems vollständiger Konkurrenz zum wesentlichen Kriterium jeder wirtschaftspolitischen Maßnahme" mache; dies sei "das wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundprinzip"[84]. Mittel zu diesem Zweck sei die Rechtsordnung, welche die "konstituierenden Prinzipien der Wettbewerbsordnung" (EUCKEN) [85] in einer rechtlichen Rahmenordnung ("Wirtschaftsverfassung") zu positivieren und hierdurch den Wettbewerb

---

79) EUCKEN, Grundsätze S. 252; MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe S. 16. EUCKEN, aaO, legt aber Wert auf die Feststellung, daß die vollständige Konkurrenz immer wieder verwirklicht gewesen sei; ihre Bedingungen würden daher nicht aus Axiomen (Modellen) abgeleitet, sondern aus der Realität - eine These, die zu bestreiten ist, vergl. unten S. 53 ff.

80) MÜLLER-ARMACK, Wirtschafslenkung und Marktwirtschaft S. 58, 88, 92 ff.; RÜSTOW, ORDO Bd. II S. 106 f.

81) EUCKEN, Grundsätze S. 253: "Erfahrung und wissenschaftliche Analyse zeigen, daß die Lenkung des Wirtschaftsprozesses durch vollständige Konkurrenz - trotz ihrer großen Leistung - an gewissen Stellen Schäden und Unvollständigkeiten zur Folge hat".

82) MÜLLER-ARMACK, HdSW S. 391 ("soziale" Marktwirtschaft).

83) Vergl. alle in Anm. 65 auf S. 48 genannten Autoren.

84) EUCKEN, Grundsätze S. 254 ff.

85) EUCKEN, aaO (Anm. 84).

als eine "staatliche Veranstaltung" (MIKSCH) [86] zu schaffen habe. Zu den konstituierenden Prinzipien gehöre eine auf dem Privateigentum, der Vertragsfreiheit und der Haftung für Vertragsverletzungen beruhende Privatrechtsordnung. Hinzutreten müßten die Sicherungen gegen ein "Zuviel" und gegen ein "Zuwenig" an Wettbewerb (Verbot unlauteren Wettbewerbs und wettbewerbsbeschränkender Abreden, Monopolaufsicht) und schließlich, als "Primat" des ganzen, die Schaffung einer stabilen und neutralen Geldordnung [87].

Zum zweiten sei die so konstituierte Wettbewerbsordnung funktionsfähig zu erhalten. Wie ein Automobilmotor der Wartung, so bedürfe - um das Bild MÜLLER-ARMACKS zu verwenden - der einzigartige Tauschapparat der Marktwirtschaft einer gewissen Steuerung und Pflege [88]. Vor allem gehörten hierher die konjunkturpolitischen und konjunkturtherapeutischen Maßnahmen [89]. Im übrigen sei auf Märkten, auf denen mit keinem Mittel die Marktform der vollständigen Konkurrenz annähernd zu erreichen sei, eine Wirtschaftslenkung ohnehin unumgänglich [90], vor allem in Krisenzeiten. Unter gewissen Umständen (bei Rüstungs- und Versorgungsbetrieben) zieht die ordoliberale Theorie auch Sozialisierungen und Kommunalisierungen in Betracht [91].

Zum dritten fordert die ordoliberale Theorie von der Wirtschaftslenkung, daß alle wirtschaftspolitischen Instrumente, die regulierend im eben beschriebenen Sinn und dirigierend zur Erreichung außerökonomischer, sozialpolitischer Zwecke angewendet werden, so auszuwählen sind, daß sie "den Rechnungszusammenhang der Verkehrswirtschaft nicht zerreißen" [92], den "konstituierenden Prinzipien" EUCKENS entsprechen, systemgerecht, marktkonform, marktgerecht sind.

---

86) MIKSCH, Wettbewerb als Aufgabe S. 11.

87) EUCKEN, aaO (Anm. 84).

88) Das Bild von der Marktwirtschaft als Maschine, die zu pflegen sei, findet sich schon bei RÖPKE, HdSW S. 881.

89) MÜLLER-ARMACK, aaO (Anm. 80).

90) RÖPKE, Gutachten S. 23, 69 ff.

91) RÜSTOW, ORDO Bd. II S. 134.

92) v. STACKELBERG, ORDO Bd. II S. 199 f.

b) Kritik der ordoliberalen Theorie

Die Kritiker [93] der ordoliberalen Theorie setzen vor allem an dem neuralgischen Punkt der Theorie an, bei der Frage nämlich, ob die Preisbildungsform der vollständigen Konkurrenz in der modernen Wirtschaft überhaupt hinreichend realisierbar ist.

Im Anschluß an die Untersuchungen von JÖHR [94] wird heute überwiegend angenommen [95], daß die Preisbildungsform der vollständigen Konkurrenz (oder "vollkommenen Konkurrenz") nur in einem Modell vorstellbar, nicht aber in der gesellschaftlichen Realität exakt wirksam sein kann. Damit ist die Fruchtbarkeit eines Denkens in Modellen, sei es für die Ordnung der Wirtschaft oder deren Ablauf (Katallaktik) nicht grundsätzlich bestritten. Im Gegenteil sind die Modelle von erheblichem methodischen Wert. Sie reduzieren im Hinblick auf die Lösung eines bestimmten Problems die Wirklichkeit auf eine essentielle Linie ("pointierend hervorhebende Abstraktion") und ermöglichen damit überhaupt erst eine systematische Fragestellung [96]. Hernach sind die Modelle an der Realität empirisch zu erproben. Aber auch dann noch sind die in ihnen gefundenen Gesetzmäßigkeiten im wirklichen Wirtschaftsablauf nicht als "Gesetze", sondern nur als "Tendenzen" wirksam. Eine Aussage über die jeweils dominierenden Tendenzen einer bestimmten Realität ist umso genauer, je mehr die im Modell gesetzten Bedingungen den in der Wirklichkeit herrschenden angenähert und an ihr erprobt sind. Das ist dadurch zu erreichen, daß man zunächst ein Ausgangsmodell bildet und dieses nach den jeweils zu lösenden Fragen und der gewonnenen Erfahrung in dieser oder jener Richtung durch Einführung spezifischer Konstanten

---

93) Statt vieler: RITSCHL, WeltwArch Bd. 65 S. 229 ff.; PÜTZ, Theorie S. 57 ff.; SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 27 ff.

94) JÖHR, Das Modell der vollkommenen Konkurrenz, aaO S. 39 ff.

95) RITSCHL, aaO S. 237; PÜTZ, Theorie S. 57 ff.; v. NELL-BREUNING, FinArch Bd. 13 S. 408; SCHILLER, aaO S. 28; TUCHTFELDT, Systemkonformität usw., aaO S. 215; WERNER, ZStaatsW Bd. 117 S. 29 ff.; auch SERAPHIM, Theorie der allgemeinen Volkswirtschaftspolitik, S. 134 ff., wendet sich gegen EUCKEN, Grundsätze S. 252 (oben S. 51 Anm. 79).

96) Vergl. Erich SCHNEIDER in RAISER-SAUERMANN-SCHNEIDER, aaO S. 216 f.

und Variablen modifiziert [97]. Das Modell der vollständigen Konkurrenz ist nun ein solches Ausgangsmodell, daher ein Modell von allerhöchstem Abstraktionsgrad. Um die Bedingungen für die Preisbildungsform der vollständigen Konkurrenz theoretisch exakt darzustellen, sind eine Fülle von in der Wirklichkeit immer vorhandenen Hemmnissen ökonomischer, rechtlicher und psychologischer Art aus dem Modell zu eliminieren. Damit wird das Modell in hohem Maße irreal. Es mag vielleicht sein, daß die nach JÖHR [98] als Eigenschaft der Marktstruktur vorausgesetzte freie Konkurrenz (die Abwesenheit aller staatlichen, verbandsmäßigen und gewohnheitsmäßigen Konkurrenzbeschränkungen, homogene Güter und eine Vielzahl von Betrieben der gleichen Branche) in kleinen Teilbereichen der Wirtschaft noch realisierbar ist. Die von den Wirtschaftssubjekten verlangten Eigenschaften, nämlich rationales Nutzstreben der Konsumenten und ebenso rationales Erwerbsstreben der Produzenten, ferner ihre Fähigkeit, die Angebots- und Nachfragebedingungen zu erkennen und entsprechend den hiernach ermittelten Daten zu disponieren, dürften in der vorausgesetzten Reinheit keinesfalls vorhanden sein [99]. Vor allem aber scheitert die Realitätsnähe des Modells daran, daß in ihm der Zeitbedarf aller Anpassungsvorgänge an Veränderungen der Marktsituation gleich null sein müßte, etwas das, neben freier Beweglichkeit aller Güter und Arbeitskräfte, die sofortige Transformierbarkeit der im Produktionsprozeß befindlichen Güter und die sofortige Modifizierbarkeit aller laufenden Verträge mit wirtschaftlich relevantem Inhalt voraussetzen würde. Letzteres würde juristisch gesehen bedeuten, die absolute Gültigkeit einer wirtschaftlichen clausula rebus sic stantibus anzuerkennen, das Ende des Satzes pacta sunt servanda für längerfristige Verträge und eine Gefährdung der Rechtssicherheit (deren gerade jedes funktionierende Wirtschaftssystem bedarf) in Kauf zu nehmen. Es liegt auf der Hand, daß dieses weder realisierbar noch etwa wünschenswert sein kann.

---

97) Vergl. JÖHR, aaO (Anm. 94); ein praktisches Beispiel für ein solches Verfahren bei GÜLICHER, ZStaatsW Bd. 117 S. 56 ff.

98) aaO S. 54/55; JÖHR setzt über die hier wiedergegebenen Bedingungen hinaus noch eine Vielzahl weiterer.

99) LAUTERBACH, Psychologie des Wirtschaftslebens S. 23, 35.

"Vollständige Konkurrenz" ist also eine Hypothese. Jeder Realtyp der vollständigen Konkurrenz wird von seinem Idealtyp soweit entfernt sein, daß sich die Gesetzmäßigkeiten des Idealtyps in der Realität nur sehr unvollkommen auswirken können. In der Wirklichkeit herrscht eine "unvollkommene Konkurrenz". Daraus folgt für die Kritiker der ordoliberalen Theorie zwingend, daß auch nur ein "hypothetischer Liberalismus" gerechtfertigt ist [100]. Für die praktische Wirtschaftspolitik könne also weder die Aufrichtung der "konstituierenden Prinzipien der Wettbewerbsordnung" auf allen Märkten noch eine Lenkung nur mit "marktgerechten Maßnahmen" unbedingtes Gebot sein.

Ferner trägt die Kritik vor, daß jenes konkurrenzwirtschaftliche Modell statischer Natur ist, also abrupten Veränderungen der "Daten" [101] des Wirtschaftsprozesses keine Rechnung trägt [102]. In Wirklichkeit ist der Wirtschaftsablauf aller liberal konzipierten Wirtschaftssysteme "dynamisch", neigt aus sich heraus, eben weil das modellmäßige Marktgleichgewicht nicht eintritt, zur Bildung von Ungleichgewichten auf den einzelnen Märkten und zu periodischen Störungen zwischen den Märkten des Gesamtsystems (Aufschwung, Depression und auch Krise) [103]. Damit wird das Phänomen der Konjunkturen und Krisen zum Angelpunkt für die Begründung der Notwendigkeit der Wirtschaftslenkung [104].

Zutreffend wird gegen die ordoliberale Theorie der Wirtschaftslenkung weiterhin eingewendet, sie berücksichtige die Realität auch insofern nicht genügend, als sie die aus metaökonomischen, vor allem politischen Gründen erfolgenden Störungen des weltwirtschaftlichen Güteraustausches und die so durch die Verflochtenheit der nationalen Wirtschaften mit dem Weltmarkt heute stets gegebene Instabilität nicht in ihre Betrachtungen einbeziehe. Täte sie das,

---

100) PÜTZ, Theorie S. 62: "modelltheoretische Begründung der Wirtschaftslenkung".

101) Daten: die Tatsachen, die "den ökonomischen Kosmos bestimmen, ohne selbst unmittelbar von ökonomischen Tatsachen bestimmt zu sein", EUCKEN, Grundlagen S. 378; vergl. auch unten S. 68 f.

102) KÜNG, Der Interventionismus S. 46.

103) RITSCHL, WeltwArch Bd. 65 S. 242.

104) PÜTZ, Theorie S. 62: "konjunkturtheoretische Begründung der Wirtschaftslenkung". Im einzelnen kann auf die mit dem Kon-

so müßte sie erkennen, daß durch Kriege in anderen Erdteilen, durch Revolutionen in den Rohstoffländern Mangellagen entstehen können, die nur mit Preis- und Mengenregulierungen und nicht mehr mit "marktgerechten Maßnahmen" wirksam zu steuern sind [105].

Nach alledem sind die Begründungen dafür, daß Wirtschaftslenkung notwendig ist, auf eine breite Basis gestellt. Es gilt vor allem der Satz, daß dann, wenn überhaupt Wirtschaftslenkung in nennenswertem Umfang und nicht nur mit Mitteln getrieben werden muß, die den Rechnungszusammenhang des Preismechanismus nicht stören, jene "mit Unordnung und frühem Leid geschlagene gemischte Wirtschaftsordnung"("mixed economy") [106] entsteht, die von sich aus gerade dieser Lenkung wegen nicht mehr zur selbsttätigen Ausbildung von Gleichgewichtslagen führt und deshalb um so mehr der bewußten Wirtschaftspolitik und -lenkung zur Gewährleistung ihrer Stabilität bedarf [107]. Die ordoliberale Theorie ist dahingehend zu kritisieren, daß von einem "Denken in Ordnungen" allein die Lösung aller Probleme der praktischen Wirtschaftspolitik nicht erwartet werden kann. Die Theorie der Wettbewerbsordnung darf nicht zum Dogma erhoben werden und damit den Bezug zur Wirklichkeit verlieren. Es ist keineswegs zu bestreiten, daß ein ordnungspolitisches Leitbild vorhanden sein muß [108], in dem auch dem Wettbewerb seine dominierende Rolle zuzuweisen ist [109], damit die Gesetzmäßigkei-

---

junkturproblem angeschnittenen Fragen nicht näher eingegangen werden, vergl. dazu SCHMÖLDERS, Konjunkturen und Krisen, insbesondere S. 73 ff., und PÜTZ, Theorie S. 63 ff., der sich hier vor allem auf J.M. KEYNES beruft.

105) ORTLIEB, Wandlungen des Sozialismus S. 50. Korea- und Suezkrise haben die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt, wie nicht zuletzt die Entstehungsgeschichte der WSG von 1951 und 1956 zeigt, siehe oben S. 5 und 7.

106) SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 27.

107) WERNER, ZStaatsW Bd. 117 S. 41. Das bedeutet nicht die Anerkennung jener Unvereinbarkeitslehre, nach der jeder Eingriff der Wirtschaftslenkung in den Marktmechanismus immer stärkere Eingriffe zur Folge habe und schließlich in die Zentralverwaltungswirtschaft führe (so v. MISES, HdSW S. 1059, HAYEK, Der Weg zur Knechtschaft pass.; RÖPKE, Gesellschaftskrises S. 261). Denn eine totale Interdependenz aller Märkte, Mengen und Preise gibt es nur in der Theorie (vergl. DOHRENDORF, SozJahrb Bd.3 S. 36; J. Heinz MÜLLER u.a., ORDO Bd. XII S. 174 ff.).

108) Statt aller: PÜTZ, Konzeption, pass.; siehe auch oben S. 42 f.

109) SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 29 ff.

ten der vollständigen Konkurrenz wenigstens als Tendenzen so weit wie möglich in der Wirklichkeit wirksam sind und der besten Ausnutzung der gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazität dienen. Im Wirtschaftsablauf sind diese Tendenzen zu pflegen, indem man - undogmatisch und den Erfordernissen der jeweiligen Situation entsprechend - den Mitteln der "leichten Hand" den Vorzug vor denen der Bewirtschaftung gibt [110].

3. Systematisierung wirtschaftslenkender Maßnahmen

Die Schwierigkeit einer umfassenden wirtschaftswissenschaftlichen Systematisierung wirtschaftslenkender Maßnahmen besteht darin, daß wegen der durch weitgehend unberechenbare psychologische Reaktionen gebrochenen, aber gleichwohl vielfältig vorhandenen Interdependenz der wirtschaftlichen Vorgänge die Wirkungen wirtschaftspolitischer Instrumente nur schwer bis ins Letzte überschaubar sind. Die Maßnahmen haben in der Regel Haupt- und Nebenwirkungen.

---

110) ORTLIEB, Wandlungen des Sozialismus S. 50; ORTLIEB und SCHILLER argumentieren aus der Sicht der freiheitlich- sozialistischen Theorie der Wirtschaftspolitik. Zwischen dieser und dem Ordo-Liberalismus bestehen im Ergebnis so gravierende Unterschiede nicht mehr, wenn man die Ausprägung, die der Ordo-Liberalismus in der wirtschaftspolitischen Konzeption der "sozialen Marktwirtschaft" erfahren hat, zum Vergleich heranzieht; vergl. auch DÖRGE, Der Neuliberale Interventionismus im Wandel zweier Jahrzehnte, aaO pass. Damit ist nicht gesagt, daß dem Ordo-Liberalismus nicht von verschiedenster Seite andere geschlossene Systeme gegenübergestellt sind, die ihm an dogmatischer Strenge durchaus ebenbürtig sind, wenn sie ihn hierin nicht gar übertreffen. Grundsätzlich abgelehnt wird jede liberale Wirtschaftsordnung von RITSCHL, WeltwArch Bd. 65 S. 241, der ihr eine sozialistische Ordnung gegenüberstellt; vergl. auch die von SCHILLER, aaO S. 14 ff. wiedergegebenen "sozialistischen Modelle" (von SCHUMPETER und BARONE), denen er jedoch seine pragmatische Ansicht entgegensetzt. - Auch die katholische Soziallehre steht dem Ordo-Liberalismus ablehnend gegenüber (MESSNER, Das Naturrecht S. 1024) und hat eigene Systeme entwickelt (zum ganzen: HÄTTICH, Wirtschaftsordnung und katholische Soziallehre, pass.). - Auf die Ablehnung jedes Liberalismus durch Marxismus-Leninismus kann hier nicht weiter eingegangen werden. - Mit KAISER, Exposé einer pragmatischen Theorie und Planung, aaO S. 16 ff., sind Planideologien in gleicher Weise als unfruchtbar zu erachten wie Anti-Planungsideologien.

Die Nebenwirkungen mögen erwünscht oder unerwünscht sein, jedenfalls können sie die Hauptwirkung in dieser oder jener Richtung modifizieren. So entstehen kaum zu lösende Abgrenzungsschwierigkeiten.

Eine axiomatisierte Systematisierung [111] sollte daher tunlichst von Kriterien ausgehen, die nicht auf die Wirkung der Instrumente auf den Wirtschaftsprozeß oder gar eine Wertung dieser Wirkung abgestellt sind.

EUCKEN folgend ist einer solchen Systematisierung die Unterscheidung von "Prinzip" und "Moment" [112] zugrundezulegen. Wie ausgeführt [113] bedarf Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung einer Konzeption, einer Entscheidung für ein Ordnungsbild (das - entgegen EUCKEN - nicht unbedingt das einer reinen Wettbewerbswirtschaft sein muß). Die Mittel der Wirtschaftspolitik müssen also zunächst dafür eingesetzt werden, essentielle Bedingungen des Ordnungsbildes in die tatsächliche Wirtschaftsordnung umzusetzen ("Prinzip"). Hiervon zu trennen ist die Anwendung der Konzeption, des "Prinzips", in der jeweiligen historischen Situation, die gestaltende Einwirkung auf bestimmte Wirtschaftsabläufe gemäß den Anforderungen des Augenblicks ("Moment"). So sind "Ordnungspolitik" und "Ablaufspolitik" voneinander zu scheiden. Die Ordnungspolitik setzt die

---

111) Der Darstellung folgt hier TUCHTFELDT, Das Instrumentarium der Wirtschaftspolitik, aaO S. 55 ff. - Auf eine Wiedergabe der sich vielfach überschneidenden Zweiteilungen der Maßnahmen (Bildung von Gegensatzpaaren: dazu vor allem SERAPHIM, Theorie S. 299 ff.; PÜTZ, Theorie S. 235 ff.: "zwingende und führende", "direkte und indirekte", "generelle und spezielle" usw. Mittel; ferner KÜNG, der Interventionismus S. 239 ff.; MIKSCH, ORDO Bd. III S. 30 ff.; RÖPKE, Gesellschaftskrises S. 302 ff.) soll hier verzichtet werden, weil sie für die Aufgabenstellung entbehrlich erscheint. Der Zweiteilung "marktgerecht" - "nicht marktgerecht" ist im Hinblick auf die Interpretation des § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG ein besonderer Abschnitt (unten S. 62 ff.) zu widmen. - Die oben geschilderte Unterscheidung in Ordnungs- und Ablaufspolitik ist jedoch für die Probleme des "wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes" von Belang (vergl. unten S. 91 ff.).

112) EUCKEN, Grundsätze S. 250 ff.; ders. ORDO Bd. II S. 28 ff.

113) Oben S. 42, 51.

rechtlichen Normen für die Grundzüge der Organisation der Wirtschaftsordnung, sie schafft die Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsablauf und bestimmt die qualitativen Relationen der Volkswirtschaft. In ihrem Bereich wird die Legislative tätig. Unter dem Begriff "Ablaufspolitik" sind diejenigen wirtschaftspolitischen Instrumente zusammenzufassen, die den Wirtschaftsprozeß kurz- oder mittelfristig regulieren und dirigieren. Die ablaufspolitischen Maßnahmen verändern die quantitativen Relationen der Volkswirtschaft, die Preis-Mengen-Beziehungen. Sie werden regelmäßig von der Zentralnotenbank und der durch die Legislative ermächtigten Exekutive getroffen, obwohl nicht selten das Parlament mit "Maßnahmegesetzen" [114] in die Ablaufspolitik eingreift.

Ordnungs- und ablaufspolitische Maßnahmen sind jeweils weiter zu gliedern in mikro- und makroökonomische Maßnahmen. Mikroökonomisch bedeutet, daß die Maßnahmen auf bestimmte Personengruppen oder Wirtschaftsvorgänge zielen, einzelwirtschaftlich ansetzen. Makroökonomische Instrumente erfassen dagegen gesamtwirtschaftliche Größen. Sie lassen sich unterteilen, je nachdem, ob sie das Geld- oder Finanzwesen betreffen. Auf dem Gebiet der Ordnungspolitik sind die mikroökonomischen Maßnahmen zu trennen in solche, welche die Marktverfassung, und solche, welche die Produktionsverfassung gestalten. Auf dem Gebiete der Ablaufspolitik bietet sich an, die mikroökonomischen Maßnahmen danach zu scheiden, ob sie auf die marktwirksame Quantität der Preisbildungsfaktoren Angebot und Nachfrage gerichtet sind (Mengenpolitik) oder unmittelbar auf die Höhe der Preise (Preispolitik). Zur Verdeutlichung sind einige Beispiele zu geben.

Zur mikroökonomischen Ordnungspolitik auf dem Gebiet der Produktionsverfassung gehören die langfristig bemessenen Regeln über den Zugang zum und die Ausübung des Berufs, wobei auch die abhängigen Berufe und damit die Gestaltung des Arbeitsrechts mit einzubeziehen sind. Auf dem Gebiet der Marktverfassung sind zu nennen jene Regelungen, welche die Marktprozesse ordnen helfen, indem sie die Markttransparenz fördern, vor unlauterer Konkurrenz schützen (Ge-

114) Unten S. 97 ff.

setze gegen den unlauteren Wettbewerb) und übermäßige Marktmacht verhindern oder ihre Ausnutzung hemmen (Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden, Monopolaufsicht; Bildung von gegengewichtigen Marktmächten: Gewerkschaften und Unternehmerverbände).

Makroökonomische Ordnungspolitik betrifft die Rahmenordnung, in der sich die gesamtwirtschaftlich relevanten Größen bilden. Diese Größen sind vor allem Geld und Kredit, ihre im Umlauf befindliche Gesamtmenge und die Grundsätze ihrer Verteilung auf den Staat und die Wirtschaft. Gesamtwirtschaftlich relevant sind diese Größen deshalb, weil sie die wirksame Gesamtnachfrage nach allen Gütern und Leistungen bestimmen und damit für den Konjunkturverlauf wesentlich sind. Zur makroökonimischen Ordnungspolitik gehören die Schaffung der Verfassung der Notenbank und die Grundzüge des Steuersystems. Manipulationen des Umlaufs von Geld und Kredit im Einzelfall durch die Diskont-, Offen-Markt- und Mindestreservepolitik der Notenbank, durch Wechselkurs- und Devisenpolitik sowie die Höhe der Steuersätze im einzelnen und den Umfang der Staatsausgaben gehören zur (makroökonomischen) Ablaufspolitik.

Zur mikroökonomischen Ablaufspolitik indessen zählen die einzelwirtschaftlich ansetzenden Maßnahmen der Außenwirtschaftspolitik (Zollsätze und Kontingente) und selbstverständlich die Preis- und Bewirtschaftungsvorschriften im innerstaatlichen Bereich.

Zwischen Ordnungs- und Ablaufspolitik bestehen vielfältige Wechselwirkungen. Der primäre Anlaß für ablaufspolitische Maßnahmen ist die Beseitigung von Ungleichgewichten im Wirtschaftsprozeß. Im Hintergrund steht jedoch auch ihr Zweck (Sekundäranlaß), das Ordnungsgefüge allgemein zu schützen. Umgekehrt sollen ordnungspolitische Regelungen nicht nur um ihrer selbst oder aus ethischen Gründen da sein, sondern sollen auch der Reibungslosigkeit des Wirtschaftsablaufs dienen. Eine Wechselbeziehung besteht auch hinsichtlich der Wirkungen der Maßnahmen. Die Primärwirkung einer ablaufspolitischen Maßnahme besteht in einer Veränderung der quantitativen Relationen, mit der Sekundärwirkung kann die qualitative Struktur beeinflußt, je zerstört werden, die Wirtschaftsordnung

wird "transformiert" [115]. Entsprechend haben ordnungspolitische Regelungen auch quantitative Wirkungen.

Dieser wirtschaftswissenschaftlichen Systematisierung kommt - wie zu zeigen sein wird [116] - für die spezielle (mehr staats- als wirtschaftsrechtliche) Problematik des "wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes" Bedeutung zu, zumal es an einer entsprechenden rechtswissenschaftlichen Systematisierung fehlt [117]. Eine solche kann an dieser Stelle auch nicht gegeben werden. Das Ideal einer axiomatisierten Begriffs- und Systembildung erscheint für die Rechtswissenschaft nicht fruchtbar [118]. Eine institutionelle (typologische, topische) Methode, ein "Denken aus der Natur der Sache" [119] ist demgegenüber sinnvoller. Es findet sich einerseits vor allem bei E.R. HUBER, der bei seiner Gliederung wirtschaftslenkender Maßnahmen mehr empirisch von Sachbereichen im Sinne von Wirtschaftszweigen und Wirtschaftsstufen ausgeht [120], so freilich eher einen umfassenden Katalog als eine Systematik bietet, und andererseits bei RINCK, der einzelne wirtschaftsrechtliche Institute wie beispielsweise die "Bewirtschaftung" und deren Unterfälle herausstellt [121]. Das "wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz" wird allerdings von beiden Autoren - weil wohl in erster Linie

---

115) Auf das "Transformationsproblem" kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Ausführlich dazu MAIER, FS Erhard S. 151 ff.

116) Unten S. 91 ff.

117) Die Ausführungen von RAU (DVBl. 1960, 337 ff.) können nicht als Systematisierung gewertet werden (und sind auch nicht als solche beabsichtigt), weil sie unter Verzicht auf rechtliche Kriterien wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbildungen (PÜTZ, EUCKEN) nur wiedergeben.

118) LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 135 ff.

119) Oben S. 25 ff.

120) Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 225 ff.; ähnlich auch HAMANN, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 99 ff.; in Anlehnung an HUBER und HAMANN insbesondere EHLERMANN, Wirtschaftslenkung und Entschädigung S. 26 ff.; vergl. ferner GYGI, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung S. 15 ff.

121) Zuerst in MDR 1952, 524 ff.; jetzt Lehrb. Randn. 356 ff.

als verfassungsrechtliches Problem erachtet - nicht näher erörtert [122]. Auf die Darstellung dieser Systematisierungen kann daher im Rahmen der Aufgabenstellung verzichtet werden.

§ 5. "Marktgerechte Maßnahmen"

"Marktgerechte Maßnahmen" ist kein rechtswissenschaftlicher Begriff [1]. In § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG erscheint er - wie bei der Auslegung der Vorschrift zu belegen sein wird [2] - als "rezipierter" wirtschaftswissenschaftlicher Begriff. Für die juristische Interpretation ist daher an seinen wirtschaftswissenschaftlichen Inhalt "anzuknüpfen", ist ein Kernbereich des Begriffs zu ermitteln [3]. Der wirtschaftswissenschaftliche Bedeutungsinhalt des Begriffs ist also zu erläutern. Das dient zugleich dem Verständnis der "Natur der Sache" der Wirtschaftslenkung: Nach EUCKEN [4] hat jede wirtschaftslenkende Maßnahme sowohl der Ordnungs- als auch der Ablaufspolitik in Ansehung des ordnungspolitischen Gesamtsystems,

---

122) Das gilt auch für ISAY, FS Schmidt-Rimpler S. 403 ff., der sich - wirtschaftswissenschaftlich - insbesondere an MIKSCH, ORDO Bd. III S. 30 ff. und v. NELL-BREUNING, FinArch Bd. 13 S. 416 (Gegensatzpaar "innere" und "äußere" Koordination) anschließt, um teleologische (rechtspolitische) Werturteile über die einzelnen juristischen Mittel der Wirtschaftslenkung aufzustellen. - KRAUSE, FS Hueck S. 524 ff. geht in seiner Abhandlung über "Wirtschaftslenkung im Ermächtigungsstil" auf wirtschaftswissenschaftliche Gesichtspunkte nicht ein, vergl. im übrigen insoweit unten S. 86.

1) Von BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht S. 68, wird der Begriff "marktgerechte Ordnung" im Sinne eines "gegen Willkür und Machtmißbrauch gesicherten Tauschvorgangs" verwendet. Der Wortbestandteil "gerecht" wird nicht im Sinne einer "Richtigkeit", "Entsprechung" oder "Konformität" verstanden, wie das - siehe oben - beim wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Fall ist, sondern (nur) im Sinne der materialen Gerechtigkeit. Es handelt sich also um einen ganz anderen Begriff als den der marktgerechten "Maßnahmen". Von HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 204, und NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 59, wird an den ökonomischen Begriff angeknüpft, dazu unten S. 137, 143 ff.

2) Vorerst sei auf oben S. 11 ff. verwiesen.

3) Oben S. 32 f.

4) Grundsätze S. 250 ff.

das gewollt ist, zu erfolgen [5]. Mit dem Begriff "marktgerecht" soll eine Aussage darüber erfolgen, ob ein wirtschaftspolitisches Mittel mit einem marktwirtschaftlichen System, mit der Wettbewerbsordnung der ordoliberalen Theorie, vereinbar ist. Es liegt also eine analytische Klassifizierung der Mittel nach ihrer Ordnungs- oder Systemrelevanz vor [6].

1. Die Entstehung des Begriffs

Soweit feststellbar, hat als erster MÜLLER-ARMACK von "marktgerechten Maßnahmen" gesprochen [7]. Dies war allerdings nur eine sprachliche Neubildung zur Kennzeichnung eines bereits bekannten und beschriebenen Tatbestands, es war die Eindeutschung des Ausdrucks "marktkonform", der von RÖPKE [8] schon früher verwendet worden war. "Marktgerecht" und "marktkonform" bedeuten in der ordoliberalen Theorie dasselbe.

Die Entstehung dieses Konformitätsbegriffs reicht noch vor den eigentlichen Ordo-Liberalismus zurück. Schon bevor EUCKEN 1939 seine "Grundlagen der Nationalökonomie" vollendete, hatte RÖPKE - 1929 - für den Liberalismus die Notwendigkeit eines Mindestmaßes staatlicher Wirtschaftslenkung anerkannt [9]. So stand er vor der Frage, wie diese Lenkung mit dem Postulat der Selbststeuerung der Wirtschaft über den Preis vereinbar gemacht werden könne. Als erster der Liberalen versuchte er, "Maximen rationeller Intervention"

---

5) Das ist heute allgemeine Meinung; statt aller: PÜTZ, Konzeption pass.

6) TUCHTFELDT, Instrumentarium usw. aaO S. 54.

7) Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft (1947) S. 93 ff.

8) Die Lehre von der Wirtschaft (1937) S. 306/307 (zitiert nach der 8. Aufl. 1958).

9) HdSW S. 861 ff. Dagegen vertrat v. MISES die liberalistische Unvereinbarkeitslehre, die besagt, daß jede Wirtschaftslenkung - ausgenommen nur "Preistaxen" in Höhe des vermuteten wirklichen Gleichgewichtspreises - wegen der Interdependenz der Märkte schrittweise in eine totale und auch totalitäre Zwangswirtschaft führen müsse (v. MISES, HdSW S. 1062; ders. Kritik des Interventionismus S. 12/13; vergl. auch oben Anm. 107 auf S. 56). Zur Dogmengeschichte insoweit ausführlich TUCHTFELDT, Systemkonformität usw. aaO S. 203 ff.

zu formulieren, das heißt die Grundsätze für solche staatlichen Lenkungsmaßnahmen herauszuarbeiten, die "rational" auf ein marktwirtschaftliches System bezogen und in ihm zugleich wirksam und nützlich sein könnten [10]. RÖPKE verwendet hierbei noch keine generellen Kriterien wie "marktkonform" oder "systemgerecht", sondern stellt ganz undogmatisch auf die strukturellen Eigenarten der einzelnen Märkte und die sich jeweils daraus ergebenden Erfordernisse ab. Einen Schritt weiter zu generellen Kriterien geht RÜSTOW in seinem Diskussionsbeitrag auf der Tagung des Vereins für Socialpolitik in Dresden im Jahre 1932. Er sagte, daß ein "Laissez-faire" weder immer möglich noch wünschenswert sei, vor allem wegen der zeitlichen Dauer der Anpassungsvorgänge an neue Gleichgewichte. Er beruft sich insoweit sogar auf den Ausspruch von KEYNES, wonach manche Anpassungsvorgänge zu lange dauerten, als daß die lebende Generation darauf warten könne ("denn auf lange Sicht sind wir alle tot") [11]. Jedoch sollte nach RÜSTOW jedes Eingreifen des Staates "nicht entgegen den Marktgesetzen, sondern in Richtung der Marktgesetze, nicht zur Aufrechterhaltung des alten, sondern zur Herbeiführung des neuen Zustandes, nicht zur Verzögerung, sondern zur Beschleunigung des natürlichen Ablaufs erfolgen". Das sei dann ein "liberaler Interventionismus" [12].

Parallel hierzu werden in der Literatur Ansichten geäußert, die nicht auf der Parteinahme für eine bestimmte Ordnung der Wirtschaft - eine liberale oder sozialistische - beruhen. Man hatte seit der Zeit des Merkantilismus bis zum ersten Weltkrieg eine intensive staatliche Wirtschaftslenkung nicht gekannt. Der Staat hatte also in den zwanziger Jahren mit dieser seiner neuen Funktion Neuland zu betreten. Seine Wirtschaftspolitik litt daher an einem Experimentieren mit den verschiedensten Lenkungsmitteln. Dem trat die Volkswirtschaftslehre mit dem "Prinzip der Widerspruchsfreiheit

---

10) HdSW S. 866, 881.

11) Diskussionsbeitrag aaO S. 62/63; vergl. auch ders. in ORDO Bd. II S. 132.

12) aaO S. 64/65.

der Wirtschaftspolitik" entgegen, dem "einzigen wissenschaftlich-wirtschaftspolitischen Prinzip, das sich ohne Fällung von Werturteilen aufstellen"lasse [13].

2. Der Inhalt des Begriffs in der ordoliberalen Theorie

Innerhalb der ordoliberalen Theorie wurde der Konformitätsbegriff vor allem von RÖPKE weiterentwickelt [14]. EUCKEN geht von teilweise anderen Kriterien aus und bedient sich einer anderen Terminologie, während MÜLLER-ARMACK die Kriterien RÖPKES und EUCKENS verbindet. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen v. STACKELBERGS, der allerdings zu teilweise anderen Ergebnissen als RÖPKE und EUCKEN kommt. Gemeinsam ist allen diesen Autoren indes der Ausgangspunkt ihrer Gedankengänge, nämlich wie die Wirtschaftslenkung mit dem marktwirtschaftlichen Prinzip der freien Preisbildung in einer Marktform möglichst vollständiger Konkurrenz zu vereinbaren sei.

Der Begriff "Konformität" taucht insoweit zuerst bei RÖPKE auf. In der "Lehre von der Wirtschaft" heißt es [15]: "Bei allen Maßnahmen wird sie (ergänze: die Wirtschaftspolitik) aufs Strengste zwischen solchen unterscheiden, die unserem Wirtschaftssystem gemäß sind (konformen), und solchen, die seiner Struktur zuwiderlaufen (nichtkonformen) ... Das bedeutet, daß sie möglichst den indirekten, organischen Weg der Beeinflussung, nicht den direkten der Dekretierung einschlagen wird, und das heißt, daß sie alle Maßnahmen der Wirtschaftspolitik nach Möglichkeit aus dem Felde der Preispolitik herausverlegen und sie entweder davor oder dahinter schalten wird". Verdeutlichende Beispiele hierzu gibt

---

13) MORGENSTERN, Die Grenzen der Wirtschaftspolitik S. 70; ähnlich EULENBURG, Allgemeine Volkswirtschaftslehre S. 219 ("innere Einheitlichkeit der Maßnahmen"). Diese Entwicklung führte weiter zu der heute allenthalben vertretenen Forderung nach "Systemkonformität" - siehe unten S. 76 ff. Vergl. ferner auch KÜNG, Der Interventionismus S. 233 ("systemfremde und systemangepaßte Eingriffe"). Nach PÜTZ, Konzeption S. 14/15, handelt es sich bei alldem um eine "teleologische Selbstverständlichkeit".

14) Zu dieser Entwicklung vergl. DÖRGE, Der neuliberale Interventionismus usw., aaO S. 124 ff.

15) S. 306 f.

RÖPKE nicht. Das geschieht aber dann in der 1942 erschienenen "Gesellschaftskrisis der Gegenwart" [16]. Zunächst betont RÖPKE, daß die Scheidelinie zwischen "konformen" und "nichtkonformen" Interventionen nicht nach dem Kriterium des Maßes, der Eingriffstiefe, der Intensität der Intervention zu bestimmen sei, sondern nach der Qualität der Intenvention selbst: konform seien solche Interventionen, welche "die Preismechanik und die dadurch bewirkte Selbststeuerung des Marktes nicht aufheben, sondern sich ihr als neue Daten einordnen und von ihr assimiliert werden, nichtkonform solche, die die Preismechanik lahmlegen und daher durch planwirtschaftliche (kollektivistische) Ordnung ersetzen müssen". Solche Maßnahmen seien konform, die der auf dem Markte beruhenden Wirtschaftsverfassung gemäß, nichtkonform solche, die ihr nicht gemäß seien [17]. Als Beispiel für konforme Lenkungsmaßnahmen nennt RÖPKE die Währungsabwertung. Sie sei zwar ein schwerwiegender und nur in äußersten Notfällen vorzunehmender Eingriff zur Wiederherstellung des äußeren Gleichgewichts einer Volkswirtschaft, aber immerhin noch ein solcher, der die Preismechanik nicht außer Gang setze. Sie sei also grundsätzlich kein "unverdaulicher Fremdkörper unserer Wirtschaftsverfassung". Nichtkonform sei dagegen "ohne allen Zweifel" die Devisenzwangswirtschaft, da sie es unmöglich mache, daß der Markt durch das automatische Spiel von Angebot und Nachfrage sein Gleichgewicht finde, daher den Staat zwinge, den Ausgleich der Zahlungsbilanz durch hoheitlichen Befehl vorzunehmen [18]. Ferner wird die "grundsätzlich konforme" Schutzzollpolitik mit der nichtkonformen Kontingents- und Clearingpolitik verglichen. Schutzzölle sind nach RÖPKE unter dem Konformitätsgesichtspunkt nichts anderes als Preisbelastungen, ähnlich den Transportkosten, die vom Handel "assimiliert" würden. Wer sich den Unterschied schließlich durch extreme Beispiele klar machen wolle, der solle "den völlig konformen Charakter von Bestimmungen über den Ladenschluß mit einem Investitionsverbot" vergleichen. RÖPKE nahm zunächst an [19], daß, beschreite man den Weg der nichtkonformen

16) Es wird nach der 5. Auflage (1948) zitiert.
17) aaO S. 259.
18) aaO S. 259/260.
19) aaO S. 260/261.

Intervention, eine "nicht endende Dynamik" entstehe, die in einem reinen Kollektivismus (Zentralverwaltungswirtschaft totaler, ja totalitärer Prägung) aufgehen müsse. Er sah also die Qualität der nichtkonformen Maßnahmen gerade in ihrer unabdingbaren Transformationswirkung, folgte insoweit also noch der Unvereinbarkeitslehre der älteren liberalen Schule (v. MISES [20]). RÖPKE hat seine Ansicht jedoch später [21] dahingehend modifiziert, daß nicht jede Abweichung von der "goldenen Regel" der Marktkonformität zu einer "kollektivistischen Sepsis" führen müsse. Marktkonforme Maßnahmen seien zwar immer zu bevorzugen. In den Nervenzentren der Wirtschaft (Außenhandel, Devisenmarkt und Kapitalmarkt) seien nichtkonforme Maßnahmen stets sehr gefährlich. In peripheren Bereichen der Wirtschaft - RÖPKE nennt als Beispiel den Wohnungsmarkt - sei jedoch eine Suspendierung der Marktwirtschaft durchaus möglich, ohne daß das Gesamtsystem hierbei Schaden nehmen müsse. Immer hat RÖPKE aber daran festgehalten, daß die Scheidung zwischen konformen und nichtkonformen Maßnahmen "in der Regel mit aller wünschenswerten Schärfe durchzuführen" sei [22].

In diesem letzten Punkt ist MÜLLER-ARMACK, der sonst im wesentlichen mit RÖPKE übereinstimmt [23], skeptischer. Er spricht (1950 in einer Rezension der "Gesellschaftskrisis" von RÖPKE [24]) von "Zwischenformen antimarktwirtschaftlicher Intervention", von Maßnahmen, die nicht ohne weiteres als marktkonform oder nicht marktkonform abzustempeln seien. Später meint er, der Begriff "marktkonform" möge "in Grenzfällen unbestimmt" sein; MÜLLER-ARMACK sieht den Wert des Begriffs vor allem darin, daß er "in der praktischen Wirtschaftspolitik zur Kennzeichnung von Verfahren genügen (dürfte), bei denen auf die Funktion des Marktes Rücksicht genommen wird" [25]. Als Beispiele für marktkonforme Maßnahmen nennt MÜLLER-ARMACK: die Zinssubventionierung anstelle der (nicht marktkonformen) Zins-

---

20) Oben S. 56 mit Anm. 107, S. 63 mit Anm. 9; gerade in diesem Punkt hat die heftige Kritik der "Neo"-sozialisten an den Neoliberalen ihren Grund gehabt, vergl. DÖRGE, aaO (Anm. 14).

21) Gutachten S. 22 f.

22) Gutachten S. 22.

23) Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft S. 93 ff.

24) ORDO Bd. III S. 260.

25) HdSW S. 391.

fixierung, ein System von Mietbeihilfen für bedürftige Schichten anstelle eines den Gesamtwohnungsmarkt ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit der Mieter ergreifenden Mietenstops [26] [27].

Bei EUCKEN ist der Konformitätsbegriff anders konzipiert [28]. EUCKEN unterscheidet gesamtwirtschaftliche und einzelwirtschaftliche Daten des Wirtschaftsablaufs. Nur die gesamtwirtschaftlichen Daten seien Daten im eigentlichen Sinne, weil sie von der einzelwirtschaftlichen Plandisposition unabhängige, also dem einzelnen Wirtschaftssubjekt vorgegebene "Größen des ökonomischen Kosmos" seien. Es handele sich dabei um sechs Gruppen von Tatbeständen [29]: (1) Die Bedürfnisse der Menschen, (2) die natürlichen Gegebenheiten, (3) die in der Volkswirtschaft verwertbaren Arbeitskräfte, (4) die bereits produzierten Gütervorräte, (zu 2 bis 4: die Produktionsfaktoren Boden, Arbeit und Kapital), (5) den Stand des technischen Wissens, (6) die rechtliche und soziale Ordnung, inner-

---

26) HdSW S. 391 - letzterem Beispiel entspricht das "Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht" v. 23.6.1960 (BGBl. I S. 389).

27) MÜLLER-ARMACK hat darüber hinaus 1951 einen "Katalog marktkonformer Sozialmaßnahmen zur Ausgestaltung der sozialen Marktwirtschaft" aufgestellt, der nicht im Buchhandel erschien, gleichwohl Publizität erlangte; heute ist der "Katalog" nicht mehr erhältlich (Auskunft von Herrn Prof. Dr. Müller-Armack).

Nach BÄCHLE, Marktkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen S. 116 f., und DÖRGE, aaO (Anm. 14) S. 134, hatte der "Katalog" im wesentlichen folgenden Inhalt: (1) Einen Appell an die soziale Verantwortungsbereitschaft der Unternehmer (dieser habe - auch - einen sozialen Auftrag zu erfüllen), (2) im besonderen einen Aufruf zur Selbsthilfe der Unternehmer zur Überwindung der seinerzeit mangelhaften Kapitalausstattung der Grundstoffindustrien (der Aufruf hatte keinen Erfolg und führte zur gesetzlichen Regelung des Investitionshilfegesetzes v. 7.1.1952 - BGBl. I S. 7) und (3) Vorschläge, zur Verbilligung des Massenkonsums Normalisierungen und Standardisierungen einzuführen (z.B. Fertigteile für den Wohnungsbau, Handelsklassen für landwirtschaftliche Erzeugnisse), ferner, einem abgegrenzten Konsumentenkreis subventionierte Nahrungsmittel anzubieten.

28) Vergl. J. Heinz MÜLLER, ORDO Bd. XII S. 160 ff.; ders., Kriterien für die Beurteilung usw., aaO S. 313 ff.

29) EUCKEN, Grundlagen S. 144 ff.

halb derer die Handlungen der Wirtschaftssubjekte erfolgen. Nur an diesem gesamtwirtschaftlichen Datenkranz, nicht an den einzelwirtschaftlichen Daten (den Mengen der zu produzierenden Güter und ihren Preisen) dürfe eine der Wettbewerbsordnung der vollständigen Konkurrenz konforme Wirtschaftslenkung ansetzen. Denn: "... der Staat sollte es nicht wagen, selbst Produktionsanweisungen über die tagtägliche Herstellung, Einfuhr, Ausfuhr und Verwendung von Maschinen oder Textilwaren oder Weizen und anderen Gütern zu geben oder die einzelnen Arbeitskräfte durch Dienstverpflichtungen unmittelbar zu dirigieren" [30].

v. STACKELBERG [31] sieht das Problem der Vereinbarkeit von Wirtschaftslenkung und Selbststeuerung der Wirtschaft ähnlich wie RÖPKE, kommt aber teilweise zu anderen Folgerungen, so daß er der ordoliberalen Theorie kaum zugerechnet werden kann. Auch nach seiner Ansicht kommt es darauf an, ob die eingesetzten Maßnahmen die besondere Eigenschaft der Verkehrswirtschaft (der vollständigen Konkurrenz), eine "automatische Rechenmaschine" zu sein [32], stören, also im Endergebnis das "Rechnungsgefüge der Normalpreise zerreißen", oder nicht. Aber es sei weder entscheidend, ob nur die "gesamtwirtschaftlichen Daten" (im Sinne EUCKENS), noch, ob der Wirtschaftsprozeß "direkt" (im Sinne RÖPKES) beeinflußt werde. Denn erstens könne man jede wirtschaftspolitische Maßnahme als Veränderung eines "Datums", zumindest des Datums "rechtliche und soziale Ordnung" auffassen [33]. Beispielsweise seien Preisvorschriften

---

30) EUCKEN, ORDO Bd. II S. 93; vergl. auch ders., Grundlagen S. 158.

31) ORDO Bd. II S. 193 ff., 200 ff.

32) Oben S. 48 f.

33) Um diesen Schwierigkeiten beim Konformitätsbegriff RÖPKES und EUCKENS zu entgehen, hat BÄCHLE, Marktkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen S. 29 f., vorgeschlagen, solche Eingriffe konform zu nennen, welche "die Daten der konkurrenzwirtschaftlichen Preisbildung verändern". Hiermit wird die Frage aber nur teilweise gelöst; denn es bleibt zu prüfen, ob ein "Datum" - z.B. ein Patentgesetz - ein solches der "konkurrenzwirtschaftlichen Preisbildung" oder der "monopolistischen" oder "oligopolistischen" Preisbildung ist, was gerade die Frage bedeutet, ob es dem "Datenkranz" der Verkehrswirtschaft "konform" ist ("Ordnungskonformität").

als Bestandteil der Rechtsordnung gesamtwirtschaftliche Daten [34]. Zum zweiten habe jede wirtschaftspolitische Maßnahme direkte und indirekte Wirkungen, wobei die indirekten Wirkungen an anderer Stelle aufträten als der, an der die Maßnahme ansetze. Auch die indirekten Wirkungen müßten geprüft werden, um eine zureichende Antwort auf die Frage zu ermöglichen, ob die Maßnahmen im Endergebnis die Preisbildung und ihre Funktion als Darstellerin der Knappheitsverhältnisse beeinträchtigen [35]. Hiernach sind nach v. STACKELBERG beispielsweise Rationierungen von Konsumgütern (aufgefaßt als Veränderung des Datums "Bedürfnisse", genauer: Bedarfsrangordnung) oder von Rohstoffen, ja sogar Verwendungsverbote von Rohstoffen (aufgefaßt als Veränderung des Datums "technisches Wissen und Können") nicht als systemwidrig anzusehen; denn: auf der Grundlage auch einer solchen Bewirtschaftung könnten sich neue Normalpreise bilden, welche die durch die Rationierung veränderten Knappheitsverhältnisse zum Ausdruck bringen [36].

Wegen der Schwierigkeiten, den Datenkranz der Marktwirtschaft eindeutig zu bestimmen, wegen der Relevanz der Nebenwirkungen und der Quantität des Einsatzes jeder Maßnahme, schließlich wegen der praktischen Umständlichkeit, unter Umständen auch Kostspieligkeit, notwendige Beeinflussungen des Wirtschaftsprozesses nur mit Datenveränderungen im Sinne EUCKENS zu bewirken, hat J. Heinz MÜLLER - unter Mitarbeit von DIETRICHS und KLAUS - den Versuch unternommen, einen "erweiterten Begriff der Marktkonformität" zu prägen, der alldem Rechnung trägt [37]. Dieser Begriff kann kurz dahin gekennzeichnet werden, daß "marktkonform" alle dem System der Marktwirtschaft helfenden Maßnahmen sind, welche kurzfristig wirken und die Tendenz haben, sich selbst aufzuheben,nach gewisser Zeit sich "entbehrlich zu machen", weil sie ihr Ziel, den Mechanismus der Marktwirtschaft wieder funktionsfähig zu machen, erreicht haben. Die starre Unterscheidung von marktkonformen und marktinkonformen Maßnahmen soll dabei einer Skala weichen, in der Maßnahmen mehr

---

34) aaO S. 201; vergl. auch ähnlich KÜNG, Der Interventionismus S. 7; PÜTZ, Theorie S. 239.

35) aaO S. 201.

36) aaO S. 202.

37) ORDO Bd. XII S. 169 ff., 176.

marktkonformen und mehr marktinkonformen Charakters gegeneinander abgestuft werden. MÜLLER gewinnt die Konformitätskriterien damit bereits aus einer Kritik des ordoliberalen Konformitätsbegriffs RÖPKES und EUCKENS [38].

Die wesentlichen, auch von anderen Autoren vorgebrachten Gesichtspunkte dieser Kritik sind im folgenden wiederzugeben. Denn eine Interpretation des Tatbestandsmerkmals "marktgerecht Maßnahmen" in § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14 WSG muß praktikabel sein. Ließe sich eine Abgrenzung zwischen "konform" und"nichtkonform" überhaupt nicht durchführen, so wäre der Wert der ordoliberalen Definition des Begriffs für die Rechtsanwendung sehr problematisch.

3. Die Kritik des ordoliberalen Konformitätsbegriffs

Der ordoliberale Konformitätsgedanke ist in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur umstritten. Die Kritik richtet sich einmal gegen die Behauptung, daß die Anwendung nichtkonformer Instrumente in eine kollektivistische Zwangswirtschaft führen müsse. Damit wird zugleich die Notwendigkeit verneint, in der praktischen Wirtschaftspolitik nur marktkonforme Maßnahmen anzuwenden oder sie unter allen Umständen zu bevorzugen [39]. Auf diese Kritik braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Sie ist für die Auslegung des WSG - das gerade auch nichtkonforme Lenkungsmittel zuläßt - unbeachtlich. Die Definition RÖPKES - "konform sind solche Eingriffe, die die Preismechanik und die dadurch bewirkte Selbststeuerung des Marktes nicht aufheben, sondern sich ihr als neue Daten einordnen" - wird durch diese Kritik nicht unmittelbar berührt.

Die Kritik richtet sich aber auch gegen die Brauchbarkeit des Begriffs selbst, also dagegen, daß sich nach den Kriterien RÖPKES, EUCKENS oder MÜLLER-ARMACKS "die Scheidung zwischen konformen und

---

38) J. Heinz MÜLLER, Kriterien für die Beurteilung staatlicher Einflußnahme auf die Wirtschaft, aaO S. 313 ff.

39) PÜTZ, Theorie S. 186 f.; DÖRGE, Der neuliberale Interventionismus usw. aaO S. 129, 133; SCHILLER, HdSW S. 213; TUCHTFELDT, Systemkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen, aaO S. 215 ff. m.w.N.; WERNER, ZStaatsW Bd. 117 S. 39.

nichtkonformen Eingriffen ... in aller Regel mit aller wünschenswerten theoretischen Schärfe durchführen" [40] lasse.

Wenn man eine Klassifizierung wirtschaftslenkender Mittel nach ihrer Ordnungs- oder Systemrelevanz mit Bezug auf ein marktwirtschaftliches System vornehmen will, so muß man sich, was in der ordoliberalen Theorie nicht immer klar auseinandergehalten wird, zuerst fragen, ob man hiermit bestimmte Lenkungsmittel a priori, also unabhängig von ihrem Einsatz nach Zeit, Ort und Quantität, als "marktgerecht" qualifizieren, oder ob man die "marktgerechte" Anwendung eines nicht von vornherein fixierten Kreises von Mitteln prüfen will [41]. Geht man der Frage der a-priori-Marktkonformität nach, so erhebt sich sogleich ein grundsätzlicher Einwand, derselbe, der gegen jede Überbetonung des marktwirtschaftlichen Prinzips spricht: den reibungslos funktionierenden marktwirtschaftlichen Preismechanismus gibt es in der wirtschaftlichen Realität nicht, ihn gibt es nur im (statischen) Modell der vollständigen Konkurrenz [42]. Somit verfehlt das Kriterium RÖPKES, die "Erhaltung der Preismechanik des Marktes", die (dynamische) Wirklichkeit. Ist diese Wirklichkeit, und das wird man nicht bestreiten können, die der unvollkommenen Konkurrenz mit ihrer durch mancherlei Starrheitsfaktoren soziologischer und psychologischer Art vielfältig gebrochenen Interdependenz der Preise und Mengen, so läßt sich von vornherein nicht mit hinreichender Exaktheit sagen, wie ein wirtschaftspolitisches Mittel die Elemente einer konkurrenzwirtschaftlichen Preisbildung beeinflussen wird. Nur eine genaue Analyse des jeweils betroffenen historischen Marktes und eine möglichst weitgehende Berücksichtigung auch der Nebenwirkungen der Mittel kann eine solche Aussage vielleicht möglich machen. Die "Marktkonformität" haftet einem wirtschaftspolitischen Mittel daher nicht a priori als Eigenschaft an [43]. Der Konformitätsbegriff RÖPKES

---

40) So RÖPKE, Gutachten S. 22.

41) DOHRENDORF, SozJahrb Bd. 3 S. 27.

42) Vergl. oben S.53 ff.

43) MARBACH, Zur Frage der wirtschaftslenkenden Staatsintervention S. 26; DOHRENDORF, SozJahrb Bd. 3 S. 30; SCHILLER, Sozialismus und Wettbewerb S. 28; ders. HdSW S. 213; TUCHTFELDT, Systemkonformität aaO S. 216; kritisch auch SERAPHIM, Theorie S. 315.

wird von seinen Kritikern deshalb als nur "formaler" Begriff bezeichnet. Die Richtigkeit dieser Ansicht zeigt sich, wenn man zu prüfen versucht, ob die formale Konformität auch material gegeben ist. Hierbei stellt sich nämlich heraus, daß sich je nach dem Maß der Anwendung des Mittels, der Intensität des Mitteleinsatzes (was RÖPKE eben nicht als Kriterium herangezogen wissen will [44]) Umschläge der Quantität in die Qualität ergeben können. So kann die von RÖPKE als konform bezeichnete Währungsabwertung zu Datenveränderungen führen, die im Ergebnis den Preismechanismus in einer Weise stören, daß von dessen Aufhebung zu sprechen ist. Die Abwertung hat bestimmte Folgen für die Kaufkraft mancher Bevölkerungsschichten, deren Einkommen unflexibel ist, wie das der Empfänger "nicht-dynamischer" Renten. Das vermag zu einer Sistierung umfangreicher Nachfragen nach Konsumgütern führen, ähnlich jener Nachfragesistierung bei einem - nach RÖPKE - völlig nichtkonformen Investitionsverbot [45]. Schutzzölle, allgemein als konform bezeichnet, können ebenfalls, wie BÄCHLE ausführlich dargelegt hat [46], marktwidrige Tendenzen entfalten, indem sie eine inländische Monopol- oder Oligopolbildung begünstigen und damit im Ergebnis den Preismechanismus zwar nicht ausdrücklich, aber faktisch aufheben [47]. Die Schließung eines Marktes durch einen numerus clausus dagegen braucht nicht marktwidrig zu sein, wenn auch im geschlossenen Markt eine genügend große Zahl von Anbietern vorhanden ist [48]. Ein Steuersystem - formal stets marktkonform - kann auch nichtkonform sein [49]. Zu hohe Steuersätze haben oft negative Wirkungen auf die für das Funktionieren der Marktwirtschaft so wichtigen psychologischen Antriebsmomente [50]. Eben dies gilt auch für die - formal konformen - Subventionen, die darüber hinaus nicht nur dazu dienen können, ungleiche Startchancen im

---

44) Oben S. 66.
45) MARBACH, aaO (Anm. 43).
46) Marktkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen S. 50 ff.
47) Ebenso DOHRENDORF, aaO S. 29.
48) BÄCHLE, aaO S. 32.
49) SCHMÖLDERS, ORDO Bd. III S. 135 ff.
50) BÄCHLE, aaO S. 90 ff.; MAIER, FS Erhard S. 159.

Wettbewerb zu beseitigen, sondern auch dazu, Wettbewerbsverzerrungen erst herbeizuführen [51].

Stellt man für die Prüfung der a-priori-Marktkonformität auf das Kriterium EUCKENS ab (die Datenveränderung), so ergeben sich Unsicherheiten dadurch, daß die Frage, was zum verkehrswirtschaftlichen Datenkranz, insbesondere zum Datum rechtliche und soziale Ordnung, zu zählen ist, verschieden beantwortet wird [52]. Darüber hinaus ist für die dynamische Wirtschaft der Realität die Trennung in Daten und Veriable des Wirtschaftsprozesses (in gesamtwirtschaftliche und nur einzelwirtschaftliche "Daten") ohnehin fragwürdig: beispielsweise verändert sich die Kapitalausstattung einer Volkswirtschaft (Datum: Produktionsfaktor Kapital [53]) ständig durch den Wirtschaftsprozeß, also einzelwirtschaftliche Plandispositionen; Bildung und Ausbildung einer Bevölkerung (Datum: technisches und organisatorisches Können [54]) sind sicher auch von den hierfür bereitgestellten finanziellen Mitteln, also von Ergebnissen des Wirtschaftsprozesses, abhängig [55].

Bisher wurde offen gelassen, ob eine Beurteilung der Marktkonformität nach den Folgen der Anwendung des Mittels versucht werden kann. Doch auch diese Beurteilung ist kaum möglich. Denn es muß eingeräumt werden, daß die Wirtschaftswissenschaften nicht in der Lage sind, bei der Analyse der in der Zukunft liegenden Wirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen über bloße Wahrscheinlichkeitsprognosen hinauszugelangen. Nach TUCHTFELDT [56] sind die unmittelbaren Wirkungen mit Hilfe modelltheoretischer Untersuchungen noch einigermaßen zuverlässig zu ermitteln. Die indirekten und vielleicht schädlichen (transformierenden) Wirkungen verlangten indes

---

51) TUCHTFELDT, Systemkonformität S. 231.

52) Nach v. STACKELBERG kann man z.B. Bewirtschaftungsvorschriften als "Daten" i.S. EUCKENS ansehen (siehe oben S.69 f.).

53) Oben S. 68.

54) Oben S. 68.

55) Nach Heinz J. MÜLLER, Kriterien für die Beurteilung usw. aaO S. 315 m.w.N.

56) Systemkonformität usw. aaO S. 232.

strukturanalytische Untersuchungen, die erstens nur Vermutungen lieferten und zum zweiten recht anfällig gegen weltanschauliche Vorurteile seien. Auch mit der modernen statistisch-komparativen Methode, der sogenannten Ökonometrie [57], werden nur Aussagen wahrscheinlichkeitstheoretischer Natur gefunden. Diese können vor allem deswegen Ungenauigkeiten enthalten, weil sie notwendigerweise auf statistischem Material der Vergangenheit aufbauen und daher voraussetzen müssen, daß für die prognostizierte Zeit keine Sprünge in der Entwicklung, keine abrupten Datenveränderungen, auftreten [58]. SERAPHIM spricht daher (1963) von der "grundsätzlichen Unmöglichkeit einer eindeutigen Erfassung von Wirtschaftsprozessen" mit den Mitteln der wissenschaftlichen Diagnose und Prognose; die hier bestehenden großen Lücken müßten durch Erfahrungen und Intuition des Praktikers geschlossen werden [59].

Nach alldem ist eine erhebliche Zahl von wirtschaftswissenschaftlichen Einwänden gegen den ordoliberalen Konformitätsbegriff nicht von der Hand zu weisen. Jedoch bleibt ein "Kernbereich" des Begriffs unstreitig zurück: es gibt Maßnahmen der Wirtschaftspolitik, die, bezogen auf ein Wirtschaftssystem mit überwiegend marktmäßiger Koordination und den darin als Tendenzen wirkenden Gesetzmäßigkeiten der vollständigen Konkurrenz, die Vermutung für sich haben, das Funktionieren der so verstandenen Marktwirtschaft und ihres Preismechanismus nicht aufzuheben. DOHRENDORF [60] spricht bei ihrer sonst sehr skeptischen Einstellung zum ordoliberalen Konformitätsbegriff insoweit sehr richtig von einer "potentiellen Marktkonformität". Anders gewendet: das Vorhandensein der formalen Kriterien des Begriffs läßt auf die materiale Vereinbarkeit der Maßnahmen mit einem überwiegend marktwirtschaftlich organisierten System schließen. Die von RÖPKE und MÜLLER-ARMACK angeführten und oben [61] wiedergegebenen Beispiele sind in diesem Sinne marktkonform. Allgemein läßt sich der Satz aufstellen, daß potentiell marktkonform

---

57) Vergl. MENGES Ökonometrie und Marktwirtschaft, aaO.

58) GÜLICHER, ZStaatsW Bd. 117 S. 72 f.

59) SERAPHIM, Theorie S. 333.

60) SozJahrb Bd. 3 S. 31; vergl. auch J. Heinz MÜLLER, Kriterien für die Beurteilung usw. aaO S. 318 ("richtiger Grundgedanke" des Begriffs).

61) Oben S. 66 ff. mit Anm. 27 auf S. 68.

alle die Maßnahmen der Wirtschaftspolitik sind, deren Ansatzpunkt nicht eine Fixierung der Mengen und Preise der Güter und des Geldes durch hoheitlichen Befehl ist, und deren primäre Wirkungen die Bestimmung der Preise und Mengen durch den Marktmechanismus nicht aufheben. Nur auf diese primären Wirkungen kommt es für die "potentielle Marktkonformität" an.

4. Die moderne Ansicht: Stufen der "Systemkonformität"

Die Unzulänglichkeiten des ordoliberalen Konformitätsbegriffs beruhen nicht zuletzt auf dem starren Entweder-Oder von konform und nichtkonform. So sah sich die Theorie der Volkswirtschaftspolitik veranlaßt, zu differenzierenderen Betrachtungen über die Frage der Vereinbarkeit von wirtschaftspolitischen Maßnahmen mit Mischsystemen der Realität ("mixed economy") zu gelangen. Hierbei galt es auch, die ebenfalls starre Zweiteilung von "systemgerecht" - "nicht systemgerecht" im Sinne v. STACKELBERGS zu überwinden. Bezogen auf eine Marktwirtschaft der Wirklichkeit, also ein System mit überwiegend marktwirtschaftlicher und rechtlich-freiheitlicher Koordination, haben THALHEIM [62] und ihm folgend TUCHTFELDT [63] den Begriff der Konformität verfeinert und Stufen der Systemkonformität entwickelt. THALHEIM - ihm im wesentlichen folgend TUCHTFELDT - unterscheidet: (1) systemnotwendige, (2) systemfördernde, (3) systemadäquate, (4) systemneutrale, (5) systeminadäquate, aber nicht systemzerstörende und (6) systemzerstörende Maßnahmen. Die näheren Einzelheiten dieser Unterscheidungen sind für die im Rahmen der Aufgabenstellung zu prüfenden Rechtsfragen nicht weiter wesentlich. Hervorzuheben ist lediglich, daß nach den Kriterien der Systemkonformität auch solche wirtschaftspolitischen Mittel, die den konkurrenzwirtschaftlichen Preismechanismus kurzfristig aufheben, "systemfördernd" sein können. Maßnahmen der Preis- und Mengenregulierung, wie beispielsweise Festpreise und Kontingente, die nach dem ordoliberalen Begriff der Marktkonformität grob inkonform wären, werden zur Krisenverhütung und -bekämpfung als zulässig erachtet [64]. Denn solche Maßnahmen wirken, wenn sie recht-

62) FS Jahn S. 577 ff.

63) Systemkonformität pass., insbesondere S. 218 ff.

64) THALHEIM, FS Jahn S. 583; TUCHTFELDT, Systemkonformität S. 228, 237.

zeitig und kurzfristig, also nur bis zur Behebung der Krisensituation, eingesetzt werden, vom Endergebnis her gesehen fördernd auf ein überwiegend marktwirtschaftlich organisiertes System. Ein Untätigbleiben des Staates oder ein Versagen der eingesetzten marktgerechten Mittel kann in einem solchen Fall eher "systemzerstörende" Folgen haben, dann nämlich, wenn sich durch spekulierendes Fehlverhalten der Marktteilnehmer das einmal eingetretene Ungleichgewicht noch mehr verschlechtert und auf andere Bereiche der Wirtschaft übergreift. So bezeichnet TUCHTFELDT [65] die während der Koreakrise in einigen Ländern für die Märkte der kriegswichtigen Rohstoffe eingeführten Preis- und Mengenregulierungen [66] ausdrücklich als systemfördernd [67], ebenfalls den 1951 in den USA erlassenen generellen Preisstop.

An diesem Beispiel zeigt sich, wie die neueren Theorien - und zwar auch marktwirtschaftlich orientierte - bei der Begriffsbildung zum Konformitätsproblem zu feineren Nuancierungen und einer stärkeren Berücksichtigung der Wirklichkeit kommen [68].

5. Das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz

Für das Recht der Wirtschaftslenkung bestehen zwei Hauptprobleme, die beide verfassungsrechtlicher Art sind. Das eine ist das der Vereinbarkeit staatlicher Lenkung mit der Freiheit des wirtschaftenden Bürgers. Es hat seine Lösung aus dem Grundrechtsteil der Verfassung und aus deren Staatszielbestimmungen zu erfahren, also insbesondere aus den Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3, 12, 14, 15 und

---

65) TUCHTFELDT, aaO (Anm. 64).

66) Es handelte sich hierbei um solche Maßnahmen, wie sie auch von der Bundesregierung auf Grund der Ermächtigungen des WSG 1951 getroffen wurden, siehe oben S. 6 mit Anm. 8.

67) Diese Maßnahmen dürften auch unter den "erweiterten Begriff der Marktkonformität" (J. Heinz MÜLLER u.a., ORDO Bd. XII S. 169 ff.) fallen. Das zeigt, wie weit dieser Begriff von der Kriterien EUCKENS und RÖPKES entfernt ist, vergl. auch oben S. 70 f.

68) Vergl. J. Heinz MÜLLER, Kriterien für die Beurteilung usw. aaO S. 319.

20 Abs. 1 GG. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG richtet eine unübersteigbare Schranke auch für die wirtschaftslenkende Staatstätigkeit auf.

Das zweite ist das der Einfügung der Staatsfunktion "Wirtschaftslenkung" in das Gefüge des gewaltenteilenden Rechtsstaats. Dies ist stets ein Problem der Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung gewesen und muß es auch sein. Wie dargelegt wurde, umfaßt Wirtschaftslenkung nicht nur die Setzung von langfristigen rechtlichen Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsablauf. Diese könnten vom Gesetzgeber im Wege seines "normalen Berufs", der Aufrichtung von Ordnungen [1], geschaffen werden, sofern sie nicht, wie die wesentlichen Rechtsinstitute des Eigentums, der Vertragsfreiheit und der Haftung, von der modernen Wirtschaft bereits vorgefunden wurden, ja die Dynamik kapitalistischen Wirtschaftens erst ermöglichten [2]. Wirtschaftslenkung im heutigen Sinne umfaßt auch und gerade die Ablaufspolitik, die Einwirkung auf den Wirtschaftsprozeß. Soweit es sich um makroökonomische Ablaufspolitik handelt, entstehen unter dem Gesichtspunkt der Ermächtigung keine besonderen Probleme, da diese Wirtschaftslenkung durch die Zentralnotenbank [3] und durch das Parlament im Wege der Haushalts- und Steuergesetzgebung geschieht. Die einzelwirtschaftlich ansetzende, die mikroökonomische Wirtschaftslenkung dagegen, ist häufig mit Eingriffen in Freiheit und Eigentum verbunden. Sie steht unter dem Vorbehalt des Gesetzes.

Kein Parlament ist in der Lage - schon aus zeitlich-technischen Gründen nicht - alle notwendig erscheinenden direkten und indirekten Preis- und Mengenregulierungen selbst vorzunehmen [4]. Tut es das - teilweise - dennoch, so setzt es sich dem Vorwurf aus, "Maßnahmegesetze" zu erlassen [5]. Hierneben steht ein weiterer wichti-

---

1) FORSTHOFF, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 225. Ob nicht heute auch "Maßnahme-Gesetze" zum "normalen Beruf" des Gesetzgebers gehören, sei vorerst dahingestellt; vergl. unten S. 97 ff.

2) BALLERSTEDT, AöR Bd. 74 S. 151.

3) Vergl. das Gesetz über die Bundesbank v. 26.7.1957 (BGBl. I S. 745) und unten S. 161 ff.

4) Zu diesem Problemkreis vergl. die Berichte von FRIESENHAHN und PARTSCH, VVDStRL Heft 16 S. 9 ff., 74 ff.

5) Dazu, ob das ein berechtigter Vorwurf ist, unten S. 99 ff.

ger Gesichtspunkt: Wirtschaftslenkung gleicht "einem Schießen auf bewegliche Ziele" [6]. Der dynamische Wirtschaftsablauf unterliegt dauernden Veränderungen. Tritt das zur Vermeidung von Krisen notwendige Gleichgewicht, die Anpassung der Marktteilnehmer an die ständig wechselnden Bedingungen des Marktes, nicht schnell genug ein, so kann sich die Tendenz zur Bildung von Ungleichgewichten, kann sich die Entwicklung zur Krise unter Umständen rapide beschleunigen. Besonders krasse Ungleichgewichte ergeben sich bei einem plötzlich gesteigerten Bedarf zur Landesverteidigung [7]. Es muß also stets dafür Sorge getragen werden, daß der "zeitliche Vorsprung der Notsituation vor der staatlichen Abhilfe" [8] - und nur der Staat kann hier helfen - möglichst eingeschränkt wird. Sonst wird dem Staat versagt zu tun, was in Notzeiten jedermann, nicht zuletzt die Betroffenen selbst, von ihm verlangt. Aus der "Natur der Sache" folgt, daß das Parlament einen Teil seiner Rechtsetzungskompetenz auf die Exekutive übertragen muß [9]. Bereits ein nur summarischer historischer Rückblick [10] lehrt, daß das in neuerer Zeit häufig geschehen ist.

1. Historischer Rückblick

Die Geburtsstunde der modernen Wirtschaftslenkung schlug mit dem Erlaß des ersten bedeutenden wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes. Zu Beginn des ersten Weltkrieges, am 4.8.1914, verabschiedete der Reichstag ein Gesetz [11], dessen § 3 lautete:

> "Der Bundesrat wird ermächtigt, während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abwendung wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen.

---

6) KÜNG, Der Interventionismus S. 306; STRAUSS, Entwicklung S. 11, 14.

7) Oben S.45.

8) FORSTHOFF, Lehrb. 119 (nach einem Wort von Arnold Gehlen).

9) KLEIN und SCHEUNER, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt usw. aaO pass., dort auch das Vorwort von STRAUSS; HAUSSLEITER, DöV 1956, 143 ff.; KRAUSE, FS Hueck S. 436; RAU, DVBl. 1960, 339; SCHEUNER, DöV 1960, 601 ff.; EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 75 ff. m.w.N.

10) Ausführlich dazu KRAUSE, FS Hueck S. 413 ff.

11) RGBl. S. 327 ("Gesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse").

> Diese Maßnahmen sind dem Reichstage bei seinem Zusammentritt zur Kenntnis zu bringen und auf sein Verlangen aufzuheben."

Diese weitgefaßte Ermächtigung, mit der, nach einer Formulierung des Reichsgerichts [12], "dem Bundesrat tatsächlich ... die alleinige gesetzgebende Gewalt auf diesem Gebiet (ergänze: der "Abwendung wirtschaftlicher Schädigungen") [13] gleich einem Diktator übertragen"wurde, kam allerdings nicht im vollen Bewußtsein ihrer Tragweite zustande. Im Reichstag ging es damals um die Frage, ob die in jenem Gesetz angeordnete Fristverlängerung für Wechsel und Schecks angesichts der ungewissen Dauer des Krieges ausreichen würde, oder ob nicht eine weitere Verlängerung, vielleicht gar ein allgemeines Moratorium notwendig werden könnte. Auf Grund eines Initiativantrags aus der Mitte des Reichstags [14] wurde dann die Generalklausel in das Gesetz aufgenommen, welche die Grundlage für weitaus einschneidendere Maßnahmen als allgemeine Moratorien bieten sollte. Auf der Ermächtigung des § 3 wurde in der Folgezeit eine gelenkte Kriegswirtschaft von bis dahin ungeahntem Ausmaß unter Umgehung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens aufgebaut [15]. Von besonderer Bedeutung war die "Bekanntmachung über die Sicherstellung von Kriegsbedarf" [16]. Zu nennen ist ferner die "Bekanntmachung über Vorratserhebungen"[17]. Gestützt auf § 3 des Ermächtigungsgesetzes wurden auch Maßnahmen der Wirtschaftsorganisation getroffen, so zur Bildung eines Kohlesyndikats [18].

Allerdings erfolgte die staatliche Wirtschaftslenkung in den ersten Monaten des Krieges noch nicht auf Grund des § 3 des Ermächtigungsgesetzes. Nachdem sich zeigte, daß das Reichsleistungsgesetz aus

---

12) RG DJZ 1915, 1032 mit Anmerkung von SCHIFFER, DJZ 1915, 1158.

13) Und dieses Gebiet war fast uferlos, vergl. KAHN, Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft S. 12 m.w.N.

14) Verhandlungen des Reichstags Bd. 306 S. 4 ff., Bd. 115 Anlage Nr. 3.

15) HEYMANN, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft S. 50 ff.; FACIUS, Wirtschaft und Staat S. 83.

16) v. 24.7.1915, RGBl. S. 357.

17) v. 9.2.1915, RGBl. S. 187.

18) Bekanntmachung des Bundesrates v. 12.7./30.8.1915, RGBl. S. 535 ff.; weitere Nachweise bei HEYMANN, aaO S. 169.

dem Jahre 1873 [19], das nur sehr beschränkte Leistungspflichten für die an Ort und Stelle auftretenden Bedürfnisse einer marschierenden Truppe statuierte [20], für die Erfordernisse eines größeren Krieges unzureichend war, behalf man sich zunächst mit den Ermächtigungen der Belagerungszustandsgesetze der einzelnen Bundesstaaten. So erlaubte zum Beispiel § 9 b des preußischen Belagerungszustandsgesetzes [21] den örtlichen Militärbefehlshabern, bei Erklärung des Belagerungszustandes oder während desselben "im Interesse der öffentlichen Sicherheit Verbote zu erlassen". Mit Billigung des Reichsgerichts [22] wurden hierunter auch Gebote subsumiert, weil - so das RG - ein Gebot sprachlich ohnehin in die Form eines Verbots gekleidet werden könne. So ergingen auf Grund der Belagerungszustandsgesetze Wirtschaftslenkungsmaßnahmen wie Höchstpreisfestsetzungen und Rohstoffbeschlagnahmen, Vorschriften über den Handel mit Eiern, mit Fahrrädern und Pferden, über die Feldbestellung, ja sogar über das "Dienstbotenwesen" [23].

Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1918 war es eine der wichtigsten Aufgaben, die Kriegswirtschaft auf die wiederum plötzlich veränderten Bedürfnisse einer Friedenswirtschaft umzustellen. Mit einem Erlaß des Rates der Volksbeauftragten wurde schon am 12.11.1918 [24] ein Reichsamt für die wirtschaftliche Demobilmachung geschaffen. Mit seiner Leitung wurde ein Oberstleutnant beauftragt. Dieser sollte die "erforderlichen Arbeiten" unverzüglich in die Hand nehmen, sich mit den hierfür in Betracht kommenden Stellen in Verbindung setzen und war ferner ermächtigt, "die erforderlichen Maßnahmen ... zu vereinbaren oder nötigenfalls selbständig zu treffen". In der Folgezeit ergingen eine Fülle von Ermächtigungen des Reichstags an die Reichsregierung zur Wirtschaftslenkung mit zeitbedingten Zielformeln wie beispielsweise "zur Regelung des Übergangs von der Kriegswirtschaft in die Friedenswirtschaft" [25]. Zur Zeit

---

19) v. 13.6.1873, RGBl. S. 129.

20) Einzelheiten bei PAETZOLD, Das Bundesleistungsgesetz und seine Funktion usw. S. 42 ff.

21) v. 4.6.1851, Preuß. GS S. 351.

22) RGSt 49, 161 f.

23) Nachweise bei KAHN, aaO (Anm. 13) S. 18 f.

24) RGBl. S. 1034.

25) Gesetze v. 17.4.1919 (RGBl. S. 394), v. 3.8.1920 (RGBl. S.1493),

des Ruhrkampfes und auf dem Höhepunkt der Inflation wurden die Ermächtigungen immer weiter gefaßt, gipfelnd in der Formel, die Reichsregierung könne die Maßnahmen treffen, "die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend" erachte [26], oder noch die etwas enger gehaltene Ermächtigung zu Maßnahmen "auf finanziellem, wirtschaftlichem und sozialem Gebiet" [27] vorausgegangen war.

Unter dem Eindruck der Vielzahl der in den Jahren 1919 bis 1921 vom Reichstag zu einem "vereinfachten Weg der Gesetzgebung" erteilten Ermächtigungen brachte der Abgeordnete Schiffer im Jahre 1921 den Antrag ein, der Reichstag möge beschließen, einen vereinfachten Weg der Gesetzgebung durch die Reichsregierung schlechthin einzuführen für "Reichsgesetze, die nicht lediglich oder hauptsächlich leitende Grundsätze enthalten und nicht aus anderen Gründen von Bedeutung sind" [28]. Der Antrag verfiel der Ablehnung. Die Mehrheit des Reichstags war der Ansicht, derartige Ermächtigungen der Exekutive seien nur für eine Übergangszeit nötig, in den zu erwartenden normalen Zeiten sei der Weg des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens durchaus vorzuziehen [29].

Als in der großen Wirtschaftskrise und nach dem Auseinanderbrechen der Weimarer Koalition keine parlamentarische Mehrheit mehr für wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetze zu finden war, sah sich die Reichsregierung (1. und 2. Kabinett Brüning) genötigt, wirtschaftslenkende Maßnahmen auf gemäß Art. 48 WRV erlassene Notver-

---

v. 6.2.1921 (RGBl. S. 139); vergl. auch die Ermächtigung zur "Durchführung der Waffenstillstandsbedingungen" v. 6.3.1919 (RGBl. S. 286).

26) Gesetz v. 8.12.1923 (RGBl. I S. 1179).

27) Gesetze v. 24.2.1923 (RGBl. I S. 147), v. 13.10.1923 (RGBl.I S. 943).

28) Verhandlungen des Reichstages 1920/21, Drucksache 1382.

29) Vergl. STRAUSS, aaO (Anm. 9 auf S. 79); auch heute sind Überlegungen zu einem "vereinfachten Weg der Gesetzgebung" anzutreffen, vergl. EHMKE, aaO (Anm. 9) S. 76.

ordnungen des Reichspräsidenten zu stützen [30].

Das Ermächtigungsgesetz vom 24.3.1933 [31], in dessen Überschrift die Formel der "Not von Volk und Reich" wiederkehrte, stellte dann eine allgemeine Diktaturermächtigung dar. Ermächtigungsgesetze der Reichsregierung dienten in der Folgezeit nicht mehr dazu, die gesetzgebende Gewalt für Eingriffe in Freiheit und Eigentum von einer Legislative auf eine Exekutive zu übertragen. Sie hatten nur noch die Funktion, einen riesigen Verwaltungsapparat möglichst vor Reibungsverlusten durch Zuständigkeitskämpfe der Ressorts zu bewahren [32], erreichten aber dadurch, daß sie immer neue Behörden schufen, Reichskommissare und Bevollmächtigte einsetzten [33], Organisationsbefugnisse gewährten, die dann auch zur Setzung materiellen Rechts benutzt wurden [34], auf die Dauer gesehen nur einen Organisationswirrwarr [35].

---

30) Manche von ihnen trugen die symptomatische Überschrift "Zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen", z.B. die zur Einsetzung eines Preiskommissars v. 8.12.1931 (RGBl. I S. 699, 702), die durch eine VO über dessen Befugnisse ergänzt wurde (RGBl. I S. 747). Vergl. ferner von den NotVOen, mit denen sog. Reichskommissare eingesetzt und ihnen spezielle Befugnisse übertragen wurden: NotVO v. 6.10.1931, Reichskommissar für vorstädtische Kleinsiedlung (RGBl. I S. 537); NotVO v. 19.9.1931, Reichskommissar für das Bankgewerbe (RGBl. I S. 493).

31) RGBl.I S.141.

32) KRAUSE, FS Hueck S. 424.

33) z.B. Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplanes v. 29.10.1936 (RGBl. I S. 927), Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung; "Der Reichskommissar ist ermächtigt, die zur Sicherung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise und Entgelte erforderlichen Maßnahmen zu treffen"; vergl. auch die VO zur Durchführung des Vierjahresplanes v. 18.10.1936 (RGBl. I S.887), Einsetzung Hermann Görings zum "Bevollmächtigten" für den Vierjahresplan.

34) So die den zuständigen Ministern mit dem sog. Aufbaugesetz v. 27.1.1934 (RGBl. I S. 185) eingeräumten Befugnisse, die auf dem Verkehrssektor z.B. zum Erlaß der Allgemeinen Spediteurbedingungen führten, deren Gültigkeit als Rechtssatz wegen dieser zweifelhaften Ermächtigungsgrundlage fraglich ist (BGHZ 17, 1 ff. verneint die Rechtssatzqualität m.E. mit Recht).

35) FACIUS, Wirtschaft und Staat S. 149 ff., 175.

Bei Kriegsausbruch 1939 kam zu den vorhandenen Grundlagen [36] für eine umfassende Wirtschaftslenkung noch der neu in das Reichsleistungsgesetz eingefügte § 3 b hinzu [37]. Die "zuständigen Stellen" wurden ermächtigt, von Inhabern gewerblicher, land- und forstwirtschaftlicher Betriebe sowie von Verkehrsunternehmen zu verlangen, über bewegliche Sachen und Rechte bestimmte Rechtsgeschäfte abzuschließen, bewegliche Sachen und Rechte in bestimmter Weise zu gebrauchen und zu verwenden, und schließlich, bestimmte Sachen zu beschaffen, einzulagern oder herzustellen. Diese Vorschrift paßte auch damals nicht in die Systematik des Reichsleistungsgesetzes hinein [38], Das Gesetz statuierte nur Rechte des Staates zur Anforderung bestimmter Gegenstände und Leistungen durch Einzeleingriffe, während der neue § 3 b zu typischen Lenkungsverfügungen ermächtigte.

Nach 1945 wurden die reichsrechtlichen Ermächtigungen nach und nach aufgehoben oder ersetzt, so das Preisbildungsgesetz von 1936 [39] durch das Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz) vom 10.4.1948 [40], die Vielzahl der Bewirtschaftungsermächtigungen durch das Bewirtschaftungsnotgesetz vom 30.10.1947 [41], das nach seinem Außerkrafttreten die Vorgeschichte des Wirtschaftssicherstellungsgesetzes von 1965 einleitete [42].

Nach 1949 sind in der Literatur verschiedene rechtspolitische Vorschläge gemacht, auf welche Weise das Problem des wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes zu behandeln sei, um einerseits

---

36) Vergl.Anm. 33 und 34; ferner: Gesetz über den Verkehr mit industriellen Rohstoffen usw. v. 22.3.1934 (RGBl. I S. 212), Gesetz über wirtschaftliche Maßnahmen v. 3.7.1934 (RGBl. I S. 565), VO über den Warenverkehr v. 4.9.1934 (RGBl. I S. 816, mit vielen Änderungen, u.a. von 1937, 1939, 1941 und 1942), VO über die Wirtschaftsverwaltung v. 27.8.1939 (RGBl. I S.1495).

37) Gesetz v. 1.9.1939 (RGBl. I S. 1639).

38) PAETZOLD, aaO (Anm. 20) S. 47 m.w.N.

39) Gesetz vom 29.10.1936 (RGBl. I S. 927 - oben Anm. 33).

40) WiGBl. S. 27; dazu BVerfGE 8, 274 ff.

41) WiGBl. 1948 S. 3.

42) Oben S.5 ff.

Art. 80 GG genüge zu tun, andererseits aber auch das Parlament wirksam zu entlasten und ein schnelles Handeln der Exekutive zu gewährleisten. STRAUSS [43] warf seinerzeit (1952) die Frage auf, ob es möglich sei, mit Hilfe des Art. 80 GG eine "Rahmengesetzgebung" in größerem Umfang zu schaffen. Er verwies auf die Praxis des britischen Parlaments, das eine solche Methode mit den "enabling laws" befolge. Diese Gesetze begännen stets mit einer langen Präambel, die gewisse Standards sowohl für die Anwendung durch die Exekutive als auch für die Kontrolle durch die Gerichte aufstellten. Im übrigen enthielten sie nahezu nichts anderes als Ermächtigungen, das Nähere durch entsprechende Anordnungen zu regeln. In ähnlicher Weise wie STRAUSS hat HAUSSLEITER [44] unter Bezugnahme auf das Gesetz vom 24.6.1948 über die "Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preisbildung nach der Währungsreform" [45] vorgeschlagen, die Ermächtigungen zur Wirtschaftslenkung im Wege des "befristeten Richtliniengesetzes" zu erteilen, also durch den Gesetzgeber ein wirtschaftspolitisches Programm aufstellen zu lassen, innerhalb dessen die Exekutive die Einzelziele zu verwirklichen habe. HAUSSLEITER hat dabei das WSG 1951 für "in gewisser Weise vorbildlich" erklärt [46].

Der summarische Überblick über die Entwicklung seit 1914 läßt erkennen, daß - unabhängig von der jeweiligen Verfassungslage - stets eine Vielzahl mehr oder weniger weitgefaßter Ermächtigungen zur Wirtschaftslenkung, sowohl aus zivilen als auch aus militärischen Gründen, bestanden haben. Die Zielformeln dieser Ermächtigungen waren in generalklauselhaften Wendungen ausgedrückt. Inhalt und Ausmaß der Ermächtigungen sind in der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes kaum jemals klar umschrieben und bestenfalls einigermaßen sicher aus der Zielformel ableitbar. Fixierungen des Ermächtigungsfalles wie in § 2 WSG und die Herausarbeitung umfangreicher

---

43) Diskussionsbeitrag aaO S. 171 f.; in diesem Zusammenhang zum englischen Recht SCHEUNER, Erfahrungen usw. aaO S. 142.

44) DöV 1956, 143 ff.

45) WiGBl. S. 59.

46) aaO S. 145.

Kataloge wie in § 1 WSG sind - soweit ersichtlich - außer in den direkten Vorläufern des WSG von 1965 nicht anzutreffen. Prüft man die angeführten Ermächtigungen auf rechtliche Besonderheiten, so lassen sich vier Typen unterscheiden [47].

Zum ersten kann die Ermächtigung zur Wirtschaftslenkung als Unterfall einer allgemeinen Staatsführungsermächtigung [48] erscheinen, als Anwendung einer auf das Staatsganze bezogenen Diktaturermächtigung. Als Beispiele sind zu nennen die Wirtschaftslenkung mittels der auf Art. 48 WRV gestützten Notverordnungen [49], sowie jene Ermächtigungsgesetze, deren Zielformeln nicht speziell auf die Wirtschaftslenkung ausgerichtet waren, sondern mit Formulierungen wie "zur Behebung der Not von Volk und Reich" der Exekutive praktisch unbegrenzte Vollmachten zur Gesetzgebung erteilten [50]. Zum zweiten Typ zählen jene Ermächtigungen, mit denen der Exekutive eine Maßnahmekompetenz nur allgemein für das Gebiet der Wirtschaftslenkung oder im besonderen für bestimmte Wirtschaftszweige eingeräumt wird. Hier lassen sich Untergruppen, allerdings mit unscharfen Abgrenzungen, danach bilden, je nachdem ob der Delegatar durch eine vage Zielformel gebunden ist, oder ob ihm ein mehr konkretes Programm zur Verwirklichung in eigener Zuständigkeit aufgetragen wird [51]. Die Ermächtigungen des dritten Typs lassen sich als "Funktionsermächtigungen" kennzeichnen [52]. Mit ihnen wird ein Amt eingerichtet und werden dem Inhaber des Amtes zugleich bestimmte Befugnisse eingeräumt, dergestalt, daß das Handeln des Amtes seine Legalität im Grunde nur aus seiner Zwecksetzung empfängt. Ein besonders anschauliches Beispiel bietet der Demobilmachungserlaß aus dem Jahre 1918, ferner gehören hierher die Einsetzung der Reichskommissare

---

47) Nach KRAUSE, FS Hueck S. 424 ff.

48) KRAUSE, aaO S. 425.

49) Oben S. 83 mit Anm. 30. Allerdings handelt es sich bei einem in der Verfassung normierten Notverordnungsrecht nicht um eine "Delegation", siehe KLEIN, aaO (Anm. 9) S. 11.

50) Oben S. 82 mit Anm. 26, S. 83 mit Anm. 31.

51) Zur ersten Gruppe wären das Ermächtigungsgesetz von 1914 zu zählen (oben S. 79 f.) und die Ermächtigungsgesetze der frühen Weimarer Zeit (oben S. 81 mit Anm. 25), zur zweiten die Richtliniengesetze nach STRAUSS und HAUSSLEITER (oben S. 85) und die heutigen Sicherstellungsgesetze.

52) KRAUSE, FS Hueck S. 427.

und anderer "Bevollmächtigter" [53]. Ein vierter und letzter Typ der Ermächtigungen weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem dritten Typ auf. Es handelt sich darum, daß eine Ermächtigung zu organisatorischen Maßnahmen auf dem Gebiet der Wirtschaftsverwaltung erteilt und zugleich dazu benutzt wird, das materielle Handeln der zu schaffenden oder geschaffenen Organisation zu bestimmen ("überdehnte Organisationsermächtigung" [54]), wie das beim sogenannten Aufbaugesetz von 1934 der Fall war [55].

2. Das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz und Art. 80 GG

Heute sind Ermächtigungen des eben geschilderten ersten, dritten und vierten Typs nicht mehr zulässig.

Der Exekutive steht nach heute geltendem Verfassungsrecht ein allgemeines Notverordnungsrecht nicht zu. Der Gesetzgebungsnotstand des Art. 81 GG kann nicht in einem solchen Sinne aufgefaßt werden. Eine Ergänzung des GG, wie sie von der Bundesregierung mit dem Gesetzentwurf vom 11.1.1963, Art. 115 c des Entwurfs [56], gewünscht wurde, ist im Bundestag am Widerstand der Oppositionspartei gescheitert [57]. Die Einräumung einer allgemeinen Staatsführungsermächtigung durch einfaches Gesetz, wie sie die Weimarer Zeit kannte [58], ist nach dem Sinnzusammenhang des GG, das dem Parlament eine solche "Flucht aus der Verantwortung" nicht mehr gestatten will [59], unzulässig [60]. Eine solche Ermächtigung ließe sich auch wesensmäßig gar nicht in einer den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügenden Weise - Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß - formulieren [61]. Ferner dürfen nach Art. 80 Abs. 1

---

53) Oben S. 81 mit Anm. 24, S. 82 mit Anm. 30, S. 83 mit Anm. 33.

54) KRAUSE, FS Hueck S. 429.

55) Oben S. 83 mit Anm. 34.

56) BT-Drucks. IV/891; dazu der Bericht des Rechtsausschusses in BT-Drucks. IV/3494.

57) Sitzung des Bundestages vom 24.6.1965, Protokolle 4. Wahlperiode S. 9687 ff., 9737.

58) Oben S. 86 mit Anm. 50.

59) v. MANGOLDT, GG Art. 80 Anm. 2.

60) KLEIN, Die Übertragung usw. aaO S. 84 ff. m.w.N.

61) KRAUSE, FS Hueck S. 434.

Satz 1 GG nur die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Schon aus diesem Grund sind Funktionsermächtigungen und Organisationsermächtigungen der geschilderten Art heute nicht mehr möglich. Im übrigen war es gerade der Sinn dieser Art von Ermächtigungen, daß über ihren Inhalt und ihr Ausmaß ausdrücklich nichts gesagt werden sollte (oder konnte) und sich diese, wie auch der Zweck der Ermächtigung, allein aus der Funktion des Amtes (oder der Organisationsaufgabe) ableiten sollten. Wenn heute durch Bundesgesetz besondere Bundesoberbehörden zur Wirtschaftslenkung errichtet werden (Art. 87 Abs. 3 mit Art. 74 Nr. 11 GG), wie das mit dem Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft geschehen ist [62], so können durch ein solches Gesetz dem Amt nicht zugleich Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden. Hierzu bedarf es vielmehr einer Delegation an die Bundesregierung nach Art. 80 GG, die dann ihrerseits im Wege einer vom Bundestag zuzulassenden Subdelegation Befugnisse auf das Amt übertragen kann. Diesen Weg beschreitet beispielsweise das WSG mit seinem § 5 Abs. 3. Es verbleibt also nur jene zweite Gruppe der Ermächtigungen. Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen "Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden". Es ist zu prüfen, welche Folgerungen sich aus diesem Gebot der Verfassung für das "wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz" ergeben.

a) Auslegung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Im Anschluß an Bernhard WOLFF [63], durch dessen Interpretation des Art. 80 GG auch die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [64] maßgeblich beeinflußt worden ist, läßt sich der Sinn des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG dahin zusammenfassen, daß "das Gesetz selbst schon etwas bedacht, etwas gewollt haben muß. ... Das Gesetz muß zum Ausdruck bringen, daß eine bestimmte Frage geregelt werden soll (Inhalt), innerhalb welcher Grenzen sich die Regelung

62) Gesetz v. 9.10.1954 (BGBl. I S. 281).

63) AöR Bd. 78 S. 194 ff.; ähnlich MAUNZ in Maunz-Dürig, GG Art. 80 Randn. 13 und HAMANN, GG Art. 80 Anm. 6.

64) BVerfGE 1, 14, 59 f.; 2, 307, 334; 4, 7, 21; 5, 71, 76 f.; 8, 272, 324; zusammenfassend: E 10, 20, 51 ff.

bewegen (Ausmaß) und welchem Ziel sie dienen soll (Zweck)" [65]. Der Gesetzgeber muß also ein bestimmtes "Programm" aufstellen, das der Verordnungsgeber verwirklichen soll - WOLFF verwendet zur Verdeutlichung die englischen Ausdrücke "standards" und "policy". Allerdings darf sich dieses Programm nicht in Allgemeinplätzen wie "Wohl der Allgemeinheit" erschöpfen. Es muß aus dem Gesetz bereits erkennbar sein, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von den Ermächtigungen Gebrauch gemacht werden wird, und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können [66]. "Inhalt, Zweck und Ausmaß" sind hierbei nicht isoliert je für sich zu prüfen. Diese Merkmale ergänzen sich vielmehr in der Weise, daß der Zweck, zu dem von den Ermächtigungen Gebrauch gemacht werden darf, der Inhalt der zu treffenden Regelung und ihr Ausmaß sich gegenseitig bestimmen und damit einander konkretisieren, also insgesamt erst das "Programm" ergeben, das der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber vorzuzeichnen hat [67].

Hiernach ist zweifelhaft, ob die Ermächtigung nach Art. 80 GG noch als "Delegation" im Sinne der Definition TRIEPELS [68] angesehen werden kann [69]. Nach dieser Definition - sie stammt aus einer Zeit vor Inkrafttreten des GG, in welcher der Gesetzgeber noch zu einer schrankenlosen Ausübung seiner Delegationsbefugnis imstande war [70] - ist "Delegation" der "Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen ... Zuständigkeit ... seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt". Im Bereich der Legislative bedeute eine solche Kompetenzverschiebung, daß ein bisher für die Rechtsetzung nicht zuständiges Subjekt nunmehr in eigenem Namen Recht setzen könne [71]. Eine den Konkretisierungs-

---

65) aaO S. 198.

66) Eine so weit gefaßte Ermächtigung wie die des § 3 des Ermächtigungsgesetzes von 1914 (oben S. 79) wäre mithin heute verfassungswidrig, ebenfalls die des Preisgesetzes von 1936 (oben S. 83 Anm. 33), vergl. BVerwGE 2, 214 ff.

67) BVerfGE 10, 20, 53 m.w.N.; MAUNZ in Maunz-Dürig GG Art. 80 Randn. 13 m.w.N.

68) Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, insbesondere S. 23, 51.

69) Vergl. B. WOLFF, JZ 1954, 629 (verneinend) gegen F. KLEIN, Verordnungsermächtigungen usw. aaO S. 8 ff. m.w.N.

70) KLEIN, aaO S. 13 ff.; vergl. auch die oben S. 79ff. angeführten wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetze.

71) TRIEPEL aaO (Anm. 68).

geboten des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechende Ermächtigung schränkt nun den Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers dadurch erheblich ein, daß er nur noch den "Sinn" des ermächtigenden Gesetzes, dessen "Programm" zu erfüllen hat - nicht mehr, aber auch nicht weniger. Mißt man die Tätigkeit des Verordnungsgebers am ungleich größeren Gestaltungsspielraum des Parlaments, so ist sie eher einem Gesetzesvollzug als einer Gesetzgebung angenähert [72]. Das GG schließt es eben aus, daß auch nur auf einem bestimmten Sachgebiet eine vollständige Kompetenzverschiebung von der Legislative zur Exekutive stattfindet. Aber auch die Gestaltungsbefugnis der Legislative ist nicht grenzenlos. Sie ist durch die Verfassung, vor allem die Grundrechte, begrenzt (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Man wird die Unterschiede in der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers und des Verordnungsgebers daher als für die Definition dessen, was im Bereich der Legislative als "Delegation" zu bezeichnen ist, unbeachtlich ansehen dürfen. Denn Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG schließt nicht aus, daß der Verordnungsgeber selbst denken und wollen darf und muß [73]. Die Setzung genereller Normen durch den Erlaß von Rechtsverordnungen kann man auch unter der Herrschaft des GG noch als Rechtsetzung im eigenen Namen, die Ermächtigung hierzu als "Delegation" ansprechen.

Für das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz ergeben sich aus der Auslegung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zwei allgemeine Folgerungen. Zum ersten schließt Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG die spezifische Form dieses Gesetzestyps, nämlich nur oder überwiegend aus Ermächtigungen zu bestehen, nicht aus. Die rechtspolitischen Überlegungen vor STRAUSS und HAUSSLEITER [74] lassen sich also verwirklichen. Die herkömmliche Unterscheidung in gesetzesvertretende und gesetzesabhängige, in Durchführungs- und Ausführungsverordnungen ist dabei unbeachtlich. Denn hat der Gesetzgeber "Inhalt, Zweck und Ausmaß" der durch den Verordnungsgeber zu treffenden

---

72) So gelten ja auch die - aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden - Konkretisierungsgebote des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in gleicher Weise für die Ermächtigungen zum Erlaß von Verwaltungsakten, BVerfGE 8, 274, 325 m.w.N. aus der Rspr. und KRAUSE, FS Hueck S. 437.

73) B. WOLFF, AöR Bd. 78 S. 198.

74) Oben S. 85. Dagegen ist ein "vereinfachter Weg der Gesetzgebung" - oben S. 82 f. - heute unzulässig, vergl. KLEIN, aaO (Anm. 69) S. 61.

Regelungen hinreichend bestimmt, dann hat er damit getan, was das GG von ihm verlangt: alle Verordnungen können dann nur noch "gesetzesabhängig", nämlich an den Willen des Gesetzgebers, so wie er im "Programm" des Ermächtigungsgesetzes seinen Ausdruck gefunden hat, gebunden sein [75]. Für den Einzelfall ist dann zu prüfen, ob ein wirtschaftslenkendes Ermächtigungsgesetz dem Gebot, Inhalt, Zweck und Ausmaß der zugelassenen Rechtsverordnungen zu bestimmen, genügt.

Zum zweiten folgt aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, daß wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetze grundsätzlich nur auf dem Gebiet der Ablaufspolitik, der quantitativen Wirtschaftslenkung, nicht dagegen auf dem Gebiet der Ordnungspolitik, der qualitativen Wirtschaftslenkung [76], zulässig sind. Diese These ist zu begründen.

b) Wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetze sind grundsätzlich nur auf dem Gebiet der quantitativen Wirtschaftslenkung (Ablaufspolitik) verfassungsrechtlich zulässig

Es leuchtet ein, daß die Konkretisierung des Zwecks einer Ermächtigung, der ja seinerseits auch Inhalt und Ausmaß der zu treffenden Regelung begrenzt, um so eher möglich ist, je mehr der Sachbereich, zu dessen Regelung ermächtigt wird, bereits anderweitig geordnet, vorgeformt ist. Diese Vorformung kann in bereits vorhandenem positiven Recht, in den "standards" einer ständigen Rechtsprechung, aber auch in der "Natur der Sache" liegen [77]. Ist eine solche Vorformung vorhanden, dann kann der Gestaltungsspielraum für den Verordnungsgeber schon dadurch eingeengt werden, daß ihn die Ermächtigung stillschweigend oder ausdrücklich anweist, mit der ihm über-

---

75) B. WOLFF, aaO S. 200, 207.

76) Diese wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe sind oben S. 58 ff. erläutert.

77) So für die polizeiliche Generalklausel: DÜRIG, AöR Bd. 79 S. 57 ff. (S. 75: Bezugnahme auf die "Natur der Sache"); WACKE, DöV 1955, 456 ff. (Bezugnahme auf die ständige Rspr. des preuß. OVG); Werner WEBER, DöV 1957, 33 ff. (S. 36: Bezugnahme auf die "Sachgesetzlichkeiten"; WEBER überträgt diesen Gesichtspunkt auch auf das Wirtschaftsrecht, siehe dazu unten S. 96 ff.).

lassenen Regelung innerhalb einer vorgegebenen Ordnung zu bleiben. Die Bestimmung von "Inhalt, Zweck und Ausmaß" im Gesetz bedarf dann nicht vieler Worte. Es genügt der Auftrag, bestimmte positivierte oder aus der "Natur der Sache" ohne weiteres ableitbare Ordnungsgrundsätze für die im Ermächtigungsgesetz genannten Fälle zu aktualisieren. Dem steht der Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG (Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß "im Gesetz") nicht entgegen. Denn auch für die Auslegung von Ermächtigungsnormen gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze; zu berücksichtigen ist der in den Normen des Ermächtigungsgesetzes insgesamt zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, der Zusammenhang der Normen untereinander und das Ziel, das die Regelung im ganzen verfolgt [78]. Für eine Auslegung mittels der Denkform der "Natur der Sache" [79] ist also auch hier Raum. Mit Hilfe einer solchen Auslegung läßt sich ermitteln, auf welche Vorgegebenheiten die Ermächtigungsnorm Bezug nimmt. Es wird darzulegen sein, daß eine solche Bezugnahme im WSG mit dem Begriff der "marktgerechten Maßnahmen" gelungen ist.

Andererseits erscheint es unmöglich, nur mit Hilfe von "standards" und "policy" eine Ermächtigung hinreichend zu bestimmen, die nicht auf eine bestehende (positivierte) Ordnung im Zusammenhang mit einer relativ leicht einsichtigen "Natur der Sache" trifft, sondern eine nach (materialen) Wert- und (sachlichen) Zweckmäßigkeitsfragen komplizierte oder umstrittene Ordnung erst schaffen soll. Um die Tendenz, mit der von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird, und um Inhalt und Ausmaß der Regelungen vorhersehbar zu machen, müßte der Gesetzgeber im Ermächtigungsgesetz selbst die wesentlichen Sach- und Wertfragen in allen ihren Einzelheiten beantworten. Er könnte sich nicht der Generalklauseln und unbestimmten Begriffen bedienen, die Merkmal von "Richtlinien" sind. Zwar können normative Wertgesichtspunkte ihren Ausdruck auch in Generalklauseln finden. Das beweist § 242 BGB. Die Klausel von "Treu und Glauben" steht jedoch inmitten einer weitgehend kodifizierten Ord-

78) Ständige Rspr. des BVerfG, vergl. E 10, 20, 51 m.w.N., insbesondere auch E 8, 274, 307.

79) Oben S. 24 ff.

nung. Sie ist darüber hinaus, auch soweit sie der Fortbildung des Rechts, und nicht nur des Zivilrechts, dient, durch intensive Bemühungen der Rechtswissenschaft und eine Fülle von Präjudizien erläutert. In keinem Falle könnte jedoch der Satz von "Treu und Glauben" hinreichendes "Programm" im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für eine Ermächtigung zur Regelung eines auch nur geringen Teils des Zivilrechts sein. Die Zielformel "zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" in den Ermächtigungen zum Erlaß von Polizeiverordnungen ist nur deshalb mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar, weil sie auf eine Ordnung Bezug nimmt, die durch eine Fülle von Gesetzen gestaltet, im allgemeinen Rechtsbewußtsein einigermaßen gesichert und darüber hinaus in einer jahrzehntelangen Rechtsprechung näher erläutert ist [80].

Unterzöge sich der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts der Aufgabe, zum Beispiel für ein Ermächtigungsgesetz "Über die Ordnung des Wettbewerbs" Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungen den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechend zu konkretisieren, so könnte er sich nicht auf die Zielformel beschränken: "... wird ermächtigt, zur Abwendung wirtschaftlicher Schäden und unsittlicher Auswüchse eines freien Wettbewerbs im Einklang mit den Erfordernissen des Gemeinwohls und einer geordneten Volkswirtschaft Vorschriften zu erlassen über das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden, über die Monopolaufsicht, über ...". Diese Aufgabe wäre für den Gesetzgeber nur dadurch zu lösen, daß er alle wesentlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und deren Nebengesetze in das "Programm" der Ermächtigung aufnimmt, also keine Ermächtigung mehr erteilt, sondern praktisch eine Kodifikation gibt. Denn die "Erfordernisse einer geordneten Volkswirtschaft" sind nicht in dem Maße "vorgegeben" wie die von "Treu und Glauben" im Zivilrecht oder die der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" im Polizeirecht. Sie sind in ihren wesentlichen Einzelheiten einem allgemeinen Rechtsbewußtsein (noch?) nicht ohne weiteres zugänglich. Das liegt vor allem daran, daß es bei der Ordnung der

---

80) Vergl. die in Anm. 77 auf S. 91 genannten Autoren m.w.N.

Wirtschaft nicht um die Gewährleistung eines sozial-ethischen Minimums, sondern um Gestaltung in Richtung auf ein ökonomisches Maximum und soziales Optimum geht. Wie aus der Wiedergabe der wirtschaftswissenschaftlichen Rechtfertigung der Wirtschaftslenkung [81] hervorgeht, ist die Komplexität der "Natur der Sache" allein mit Generalklauseln nicht einzufangen.

Ein Ermächtigungsgesetz zum Erlaß von die Wirtschaftsordnung erst schaffenden Rechtsverordnungen wäre also entweder wegen des Umfangs der vorzunehmenden Konkretisierung der Ermächtigung nach Zweck, Inhalt und Ausmaß praktisch sinnlos, oder aber es wäre wegen der nicht erfolgten umfänglichen Konkretisierung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungswidrig.

Die in der Volkswirtschaftslehre entwickelte Unterscheidung von Ordnungs- und Ablaufspolitik ist also für das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz belangvoll. Im Bereich der Ordnungspolitik sind Ermächtigungsgesetze - nicht isolierte Ermächtigungen in Ordnungsgesetzen selbst - verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Auf dem Gebiet der Ablaufspolitik, die ja bereits auf eine ordnungspolitische Vorentscheidung trifft, sind Ermächtigungsgesetze umso eher möglich, je enger der von ihnen umfaßte Teil der Ablaufspolitik ist, also ob nur die mikroökonomische Politik, hier wiederum nur die binnenwirtschaftliche Mengenpolitik auf dem Sektor der gewerblichen Wirtschaft, betroffen wird, und je präziser der Hinweis auf den ordnungspolitischen Rahmen gelingt.

BALLERSTEDT hat einmal formuliert, der Gesetzgeber schaffe das Wirtschaftsrecht nicht selbst, sondern lasse es im Vollzug durch die Exekutive "gewissermaßen nur geschehen" [82]. Dieser Satz trifft nicht ganz zu. Der Gesetzgeber hat stets selbst eine Ordnung der Wirtschaft zu schaffen (man mag das "Wirtschaftsverfassung" - ohne Verfassungsrang - nennen), und nur unter Verweisung auf diese Ordnung und innerhalb des durch sie gesetzten Rahmens kann er dann Wirtschaftsrecht durch den Vollzug der Exekutive

81) Oben S. 46 ff.
82) AöR Bd. 74 S. 154.

"geschehen lassen". Schon jetzt ist zu folgern, daß das WSG jedenfalls verfassungsrechtlich nur zulässig sein kann, soweit es die Ablaufspolitik betrifft und den Delegatar "im Gesetz" an eine ordnungspolitische Vorentscheidung des ordentlichen Gesetzgebers bindet.

Zu beachten ist allerdings, daß die Volkswirtschaftslehre eindringlich darauf hinweist, daß durch die Sekundärwirkungen ablaufspolitischer Maßnahmen die vorgegebene Wirtschaftsordnung zerstört werden kann. Eine Wirtschaft mit überwiegend marktmäßiger Koordination, also dem Wettbewerb und dem Marktmechanismus der Preise als primären Ordnungselementen, wird durch übermäßige Preis- und Mengenlenkung auf den Zentralmärkten der Volkswirtschaft in eine Wirtschaft mit überwiegend oder ausschließlich verwaltungsmäßiger Koordination "transformiert" [83]. Das liegt in der "Natur der Sache". In einer dynamischen Wirtschaft werden darüber hinaus auch ohne staatliche Lenkung die gesamtwirtschaftlichen Daten durch die Prozeßergebnisse mitbestimmt [84]. Über eine auf Dauer angelegte Wirtschaftsordnung zu entscheiden und sie auszugestalten ist indes nicht Sache der Exekutive, sondern ist Sache des Gesetzgebers. Verfassungsrechtlich geboten erscheint es deshalb, daß der Gesetzgeber entweder das Ermächtigungsgesetz selbst befristet [85], oder für die auf Grund des Gesetzes ergehenden Regelungen relativ kurze Befristungen vorsieht oder deren Gültigkeit in einem gewissen Umfang oder von einer gewissen Geltungsdauer an von der Zustimmung des Parlaments abhängig macht [86].

Hiernach kann man das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz und die polizeirechtliche Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnun-

---

83) Die Einzelheiten darüber, wann der "kritische Punkt" erreicht wird, sind umstritten, vergl. MAIER, FS Erhard S. 151 ff. und TUCHTFELDT, Systemkonformität S. 230 f. m.w.N.

84) Oben S. 74.

85) So § 9 WSG 1951, § 9 WSG 1956, § 9 WSG 1959.

86) So § 2 WSG 1959, §§ 6, 7, 15 WSG. - Gegen die Zulässigkeit von "Zustimmungsverordnungen" ist verfassungsrechtlich nichts zu erinnern, wenn - wie hier - Sachgebiete betroffen sind, für die ein legitimes Interesse der Legislative anerkannt werden muß, sich einen entscheidenden Einfluß (gerade wegen des Transformationsproblems!) zu sichern, vergl. BVerfGE 8, 274, 320 ff. m.w.N.

gen [87] nur sehr bedingt als verwandte (analoge) Erscheinungen des öffentlichen Rechts werten [88]. Richtig ist, daß die auf die Ablaufspolitik bezogene wirtschaftsrechtliche Ermächtigung eine "ordnungssichernde Funktion" [89] hat. Aber die ordnungssichernde Rechtsverordnung trifft im Bereich des Ökonimischen auf den sehr labilen "Normalzustand" einer "mixed economy", im Polizeirecht dagegen auf den vergleichsweise stabilen "polizeimäßigen" Normalzustand des gesellschaftlichen Lebens [90]. Ordnungssicherung im Bereich des Ökonomischen kann auch ohne den darauf gerichteten Willen des Verordnungsgebers zu einer Deformation, ja Transformation der Ordnung führen - wirtschaftslenkende Rechtsverordnungen sind deswegen auch ungleich kürzer zu befristen als polizeirechtliche [91]; denn dieses Problem der "unerwünschten Nebenwirkungen" besteht für das Polizeirecht in ähnlicher Weise keineswegs, gerade die "Nebenwirkungen" (Generalprävention) können höchst erwünscht sein. Vor allem aber: Polizeiliche "Eingriffe" und Wirtschafts-"lenkung" verfolgen grundsätzlich verschiedene Ziele. Beide dienen sie zwar der Abwehr von Gefahren, aber im Polizeirecht geht es dabei nur um die Erhaltung der Mindesterfordernisse gesellschaftlichen Zusammenlebens [92], Wirtschaftslenkung und ihr Recht zielen

---

87) Wie sie in den heutigen Landespolizeigesetzen (im wesentlichen im Anschluß an §§ 14, 24 ff. des preuß. Polizeiverwaltungsgesetzes v. 1.6.1931) enthalten sind.

88) So Werner WEBER, DöV 1957, 33 ff. und ihm folgend das BVerfG im Urteil über die Verfassungsmäßigkeit des bizonalen Preisgesetzes, E 8, 274, 310. FORSTHOFF, Lehrb. S. 64 sieht sogar in der Bekämpfung wirtschaftlicher Machtstellungen (Monopolproblem) durch den Staat die Ausübung polizeilicher Funktionen. Gegen eine Übertragung polizeirechtlicher Kategorien haben sich ausgesprochen: BALLERSTEDT, FS Schmidt-Rimpler S. 394 Anm. 55; KRAUSE, FS Hueck S. 420, 436; RIDDER, AöR Bd. 87 S. 325; BVerwGE 4, 24 ff.

89) WEBER, aaO S. 36.

90) Ähnlich argumentiert RIDDER, AöR Bd. 87 S. 325.

91) Man vergl. z.B. die in §§ 6, 7 und 15 WSG vorgesehenen Fristen (für den Regelfall 2 bis 6 Monate) mit denen des Polizeirechts (§ 34 des preuß. Polizeiverwaltungsgesetzes: bis zu 3o Jahren).

92) Seit dem "Kreuzbergurteil" des preuß. OVG (Urt. v. 14.6.1882, PrOVGE 9, 353) ist "Polizei" nur Sicherheits-, nicht zugleich auch Wohlfahrtspolizei, vergl. statt aller DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht des Bundes und der Länder, 7. Auflage (1961) S. 1 ff. - Nach KRAUSE, FS Hueck S. 418 ff. ist auch - nach 1914 - niemals versucht worden, wirtschaftslenkende Maßnahmen auf allgemein-polizeiliche Ermächtigungen zu stützen, was vielleicht näher gelegen haben könnte als die Belagerungszustandsgesetze heranzuziehen, vergl. oben S. 81.

auf die Schaffung und Pflege der Voraussetzungen eines Maximums gesamtwirtschaftlicher Produktivität (und deren ständiges Wachstum) sowie eines Optimums sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit. Auch insoweit es sich um wirtschaftslenkende Ablaufspolitik handelt, ist die wirtschaftslenkende Staatstätigkeit etwas wesentlich anderes als die polizeiliche Gefahrenabwehr, die ihre gedanklichen Grundlagen noch aus der Trennung von Staat und (autonomer) Gesellschaft bezieht - Gedankengänge, die auf das heutige Verhältnis von Staat und Wirtschaft nur mit Vorbehalten angewendet werden können [93], Überspitzt ausgedrückt: in der polizeirechtlichen Ermächtigung erscheint der Staat (nur) als Rechtsstaat, im wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetz (zugleich) als Sozialstaat.

3. Das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz als "Maßnahmegesetz"

a) Allgemeines

Ein "wirtschaftliches Maßnahmegesetz" ist nach BALLERSTEDT [94] ein Gesetz, bei dem "die Schaffung einer Rechtsnorm dergestalt in den Dienst eines wirtschaftspolitischen Zieles gestellt wird, daß sie als Mittel zu dem betreffenden Zweck verwendet wird". Im Gegensatz dazu wohne dem "Rechtsgesetz" ein "substantieller Rechtsgehalt" inne [95]. Die Maßnahme empfange ihren Sinn von dem ihr "begrifflich äußeren Zweck" her, das "Rechtsgesetz" trage "seinen Sinn in sich" [96]. Ein Rechtsgesetz ist nach BALLERSTEDT also schon aus sich selbst heraus legitimiert, da es unmittelbar Recht verwirklicht, während das Maßnahmegesetz als Mittel zum Zweck an sich wertneutral ist und der äußeren Legitimation durch die Werthaftigkeit seines Zwecks bedarf [97]. Hatte BALLERSTEDT den wirtschaftspoliti-

93) Oben S. 36 ff.
94) FS Schmidt-Rimpler S. 369 ff.
95) aaO S. 373.
96) aaO S. 376.
97) Vergl. Konrad HUBER, Maßnahmegesetze und Rechtsgesetz S. 12.

schen und den Rechtsgehalt einer Norm früher noch im Sinne einer "kategorischen Unterscheidung von Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht" einander gegenübergestellt [98], so sieht er das Verhältnis von Recht und Politik in Ansehung des wirtschaftlichen Maßnahmegesetzes als dialektisch, als "Einheit in der Unterschiedlichkeit" [99]. Unterschiedlich sei die Weise, in der sich Rechtsgesetz und Maßnahmegesetz legitimieren; die Einheit, also das Vermittelnde der Antithese, liegt darin, daß die Politik und ihre Maßnahmen auch dem Recht dienen, indem sie das Gemeinwohl verwirklichen [100]. So könne im äußersten Fall eine Maßnahme in Gesetzesform durch Gründe der Gerechtigkeit auch zwingend geboten sein [101]. Daher ergeben sich zwischen dem Rechtsgesetz und dem Maßnahmegesetz fließende Übergänge, die Unterscheidung zwischen beiden ist nicht abstrakt-formaler Natur [102].

FORSTHOFF und MENGER fassen den Gegensatz von Gesetz und gesetzesförmiger Maßnahme eher kontradiktorisch auf. Das "Maßnahme-Gesetz" ist für FORSTHOFF [103] nur "actio", im Gegensatz zum klassischen Gesetz, dem "Ordnungsgesetz", das "constitutio" sei; FORSTHOFF sieht die Problematik des Maßnahmegesetzes daher vorzugsweise unter dem Aspekt der Gewaltenteilung. Nach MENGER [104] ist das Maßnahmegesetz ausschließlich konkreten Zwecken und nicht - auch nicht in-

---

98) AöR Bd. 74 S. 129 ff., 148.

99) FS Schmidt-Rimpler S. 378.

100) aaO (Anm. 99) S. 381; vergl. zu dieser Sicht des Verhältnisses von Recht und Politik auch SCHEUNER, FS Smend S. 272 ff.

101) Für das Gebiet der Wirtschaftslenkung hat BALLERSTEDT diesen Gesichtspunkt auch an anderer Stelle betont, vergl. Wirtschaftsverfassungsrecht S. 71; das übersieht m.E. EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 63 ff., soweit sich seine Polemik (S. 70 f.) auch gegen BALLERSTEDT richtet.

102) aaO (Anm. 99) S. 380; vergl. auch Konrad HUBER, aaO, der - S. 120 ff. - BALLERSTEDT folgt, den Begriff des Maßnahmegesetzes als dogmatischen Begriff jedoch weiter ausbaut.

103) Jellinek-Gedächtnisschrift S. 221 ff., 225.

104) VVDStRL Heft 15 S. 3 ff., 8, 29, 33.

direkt - der Verwirklichung einer werthaften Gerechtigkeit zu dienen bestimmt; Maßnahmegesetze, die in Grundrechte eingreifen, seien daher stets verfassungswidrig, da nie der bloße Zweck, sondern nur eine Interessenabwägung den "Eingriff" rechtfertigen könne.

Es ist in der Literatur umstritten, ob das Maßnahmegesetz eine nach geltendem Verfassungsrecht relevante staatsrechtliche Kategorie darstellt. Man wird diese Frage - ohne daß in diesem Zusammenhang darauf näher eingegangen werden könnte - verneinen müssen [105]. Das GG läßt eine Maßnahmegesetzgebung zu [106], wie sie ja auch in der Staatspraxis auf Schritt und Tritt anzutreffen ist [107].

Hiermit ist allerdings nicht gesagt, daß der Begriff für die staatsrechtliche Dogmatik schlechthin unbrauchbar sein müsse. Er kennzeichnet vielmehr die Entwicklung, die dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff in einem sozialen Rechtsstaat notwendigerweise zuteil werden muß [108], wie das Beispiel des Rechts der Wirtschaftslenkung zeigt.

Für das Recht der Wirtschaftslenkung folgt die Notwendigkeit und zugleich die Legitimation einer Maßnahmegesetzgebung - wie auch die der Delegation [109] - aus der "Natur der Sache". Die Wirtschaftslenkung kann sich nicht mit der Aufrichtung langfristig geltender Ordnungen begnügen - wobei offenbleiben kann, ob derartige wirtschaftliche Ordnungsgesetze stets unmittelbar "Recht verwirklichen",

---

105) WEHRHAHN, VVDStRL Heft 15 S. 35 ff., 64/65; dort auch der Diskussionsbeitrag von SCHEUNER, S. 76; Hans SCHNEIDER, FS Schmitt S. 162; EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 72; LERCHE, DöV 1961, 489; ZEIDLER, JZ 1960, 391 ff. bestreitet, daß sich der Begriff überhaupt exakt fassen lasse.

106) Vergl. die eben in Anm. 105 genannten Autoren; ferner FORSTHOFF, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 228 ff.; BALLERSTEDT, aaO (Anm. 99) S. 386 ff. Das BVerfG geht auf den Begriff gar nicht ein, vergl. E 7, 18 ff.; E 10, 89, 107 f.

107) Umfangreiche Nachweise bei Konrad HUBER, aaO (Anm. 97) S. 26 bis 92 mit der statistischen Übersicht an Anm. 6 auf S. 128 f.

108) Konrad HUBER, aaO S. 174 ff., 182.

109) Oben S. 79.

"Rechtsgesetze", und nicht vielmehr häufig auch "Maßnahmegesetze" sind. Die Notwendigkeit einer wirtschaftslenkenden Ablaufspolitik, der Einwirkung auf die wechselnden Situationen des Wirtschaftsprozesses, läßt sich heute nicht mehr bestreiten [110]. Die Ablaufspolitik besteht nun ausschließlich in "Maßnahmen", die sich in der Verwirklichung eines ganz bestimmten Zieles erschöpfen sollen, ja ein wirtschaftspolitisches Mittel ist auf diesem Gebiet umso besser ausgewählt, je mehr es "in der konkreten Situation die Tendenz zur Selbstaufhebung in sich trägt" [111]. Allerdings ist jene kurzfristige Zweckerreichung nur "Primäranlaß" der Maßnahme, "Sekundäranlaß" ist die Aufrechterhaltung des Ordnungsgefüges, das durch eine Störung im Wirtschaftsablauf bedroht erscheint [112]. Eben dies sich auch die Merkmale des Maßnahmegesetzes; es bezweckt in der kurzfristigen Beseitigung einer konkreten Störung, in der sich die positive Geltung des Gesetzes erschöpft, die Gewährleistung einer - langfristigen und allgemeinen - Ordnung. Es handelt sich gleichsam um ein "indirektes Verfahren" des Gesetzgebers. Der Rechtszustand der Bürger wird auch durch ein Maßnahmegesetz allgemein festgelegt, allerdings nicht explizit, sondern implizit dadurch, daß der Gesetzgeber in einer konkreten Situation einer Störung abhilft und somit zu erkennen gibt, was er als den Normalzustand ansieht [113]. Wegen der Komplexität der "Natur der Sache" der Wirtschaftslenkung kann der Gesetzgeber die Kompetenz für wirtschaftslenkende Maßnahmen nicht vollständig im Wege einer Richtlinien-Delegation auf die Exekutive übertragen, sondern er muß, wenn die Sachlage es erfordert, selbst die Maßnahmen treffen, Maßnahmegesetze erlassen.

Seine Legitimation erfährt ein wirtschaftslenkendes Maßnahmegesetz durch seinen "Sekundäranlaß", nämlich die Erhaltung und Ausgestaltung jenes Ordnungssystems, das notwendig ist, damit der Wirtschaftsprozeß zu einer sinnvollen Ausnutzung der gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazität führt, auf der sich soziale Sicherheit und Ge-

110) Oben S. 52, 56.

111) J. Heinz MÜLLER, Kriterien zur Beurteilung usw. aaO S. 318; siehe auch oben S. 70 f.

112) Nach TUCHTFELDT, siehe oben S. 60.

113) Konrad HUBER, aaO S. 181.

rechtigkeit erst verwirklichen können. Das wirtschaftslenkende Maßnahmegesetz gewinnt also seinen Rechtswert durch den Rechtswert, den das Recht der Wirtschaftslenkung insgesamt hat. Denn dieses Recht ist nicht nur ein künstliches Zweckrecht [114], nicht nur Instrumentarium des Wirtschaftspolitikers. Der von FORSTHOFF und MENGER angenommene Gegensatz von Recht und Maßnahme trifft zumindest insoweit nicht zu [115]. Der moderne, demokratische Rechtsstaat muß nicht nur um einer von außen an ihn herangetragenen sittlichen Forderung willen [116], sondern er muß um der Sicherung seiner Existenz als Rechtsstaat willen, ein Sozialstaat sein. Die jüngste Geschichte hat - 1933 - bewiesen und beweist in den jungen Staaten Afrikas und Asiens täglich, daß ein Gemeinwesen nur dann auf die Dauer in Freiheit existieren kann, wenn es ihm gelingt, seine Wirtschaft zureichend zu ordnen [117]. Mangelnde Bedarfsdekkung und soziale Ungerechtigkeit bedrohen durch die revolutionäre Dynamik, die sie auszulösen pflegen, die freiheitlich-demokratische Ordnung und deren rechtsstaatliche Garantien wie auch das friedliche Zusammenleben der Völker. Beides zu erhalten ist nicht nur Aufgabe der Politik, sondern auch Gebot des Rechts. Recht und Gerechtigkeit realisieren sich eben nicht nur mit Bezug auf jenen kleinen, jenen "bürgerlichen", insgesamt leicht überschaubaren Bereich des täglichen Lebens, den die Kodifikationen des BGB und StGB sowie das herkömmliche Polizeirecht regeln, sondern auch im Bereich des Wirtschaftsrechts.

b) Das Wirtschaftssicherstellungsgesetz ist kein Maßnahmegesetz

Für die Frage, ob ein wirtschaftslenkendes Ermächtigungsgesetz ein Maßnahmegesetz ist, kommt es nicht darauf an, ob die nach ihm zugelassenen Rechtsverordnungen Maßnahmecharakter haben [118], denn

---

114) Vor einer solchen Annahme warnt eindringlich ARNDT, Rechtsdenken in unserer Zeit, S. 16 u.ö.

115) Vergl. auch die Polemik von EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 63 ff.

116) So scheint aber der Grundgedanke von MENGER (VVDStRL Heft 15 S. 3 ff. und in "Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, pass., insb. S. 27: Sozialstaatlichkeit als "Rücksichtnahme") zu sein.

117) Dies immer wieder zu betonen ist dem Ordo-Liberalismus als Verdienst anzurechnen.

118) Konrad HUBER, aaO S. 80.

letzteres dürfte, zumal da die Gesetze allgemein nur auf dem Gebiet der wirtschaftslenkenden Ablaufspolitik verfassungsrechtlich zulässig sind, immer der Fall sein. Entscheidend ist also, ob das Ermächtigungsgesetz selbst die Merkmale eines Maßnahmegesetzes hat [119].

Das WSG von 1965 dürfte das erste in der langen Reihe wirtschaftslenkender Ermächtigungsgesetze seit 1914 sein, das kein Maßnahmegesetz ist.

Nachdem der Gesetzgeber in einem Zeitraum von nur knapp neun Jahren (1951 bis 1959) drei dem Gehalt nach wesentlich gleiche Ermächtigungsgesetze erlassen hatte, nämlich die Wirtschaftssicherstellungsgesetze der Jahre 1951, 1956 und 1959 [120], hat er jetzt ein viertes und dieses Mal unbefristetes Ermächtigungsgesetz geschaffen. Die Sicherstellungsgesetze von 1951 und 1956 verdankten ihre nähere Ausgestaltung noch akuten Anlässen und waren so befristet, daß sie nach Überwindung der Korea- und Suez-Krise außer Kraft traten; dieser Gesichtspunkt trifft schon für das WSG von 1959 nicht zu [121]. Die Sicherstellungsgesetze von 1951 und 1956 können daher als Maßnahmegesetze angesehen werden, während der Maßnahmecharakter des WSG 1959 zumindest zweifelhaft ist [122].

Beim WSG von 1965 hat sich der Gesetzgeber entschlossen, mit einem nicht aus einem akuten Anlaß geborenen und unbefristeten Ermächtigungsgesetz eine Maßnahmekompetenz der Exekutive zu institutionalisieren: das WSG soll seine positive Geltung nicht in der Überwindung einer temporären Störung erschöpfen, es soll vielmehr dauernd

---

119) Konrad HUBER, aaO S. 78 ff. verwendet für diese Gesetze die Bezeichnung "Maßnahme-Rahmengesetze" und führt als Beispiele vor allem die Ermächtigungsgesetze der frühen Weimarer Zeit (siehe oben S. 81) und die WSG von 1951 und 1956 an (siehe oben S. 5 ff.). Die WSG 1951 und 1956 sind als Maßnahmegesetze auch angesehen worden von BALLERSTEDT, FS Schmidt-Rimpler S. 372 (WSG 1951) und E.R. HUBER, DöV 1956, 205 (WSG 1956).

120) Oben S. 5 ff.

121) Oben S. 8 f.

122) Die Befristungen dieses Gesetzes erklären sich aus den Vorarbeiten für die gesamte Notstandsgesetzgebung, vergl. die Daten der Regierungsvorlagen (BT-Drucks. IV/891-897).

bereitstehen, um die unter zivilen und militärischen Gesichtspunkten unabdingbare ablaufspolitische Wirtschaftslenkung mit nicht marktgerechten Mitteln für das Gebiet der gewerblichen Wirtschaft durch die Exekutive zu ermöglichen. Man kann darüber streiten, ob die Bundesregierung eine solche Maßnahmekompetenz im Augenblick benötigt, nicht aber darüber, daß sie in der Zukunft benötigt werden kann. Dann ist es aber für die Frage, ob ein Maßnahme- oder ein Rechtsgesetz vorliegt, gleichgültig, wann die Maßnahmekompetenz geschaffen wird. Als eine richtliniengebundene Maßnahmekompetenz stehen die Ermächtigungsnormen des WSG zwar nicht auf gleicher Stufe wie ein verfassungsrechtlich normiertes Notverordnungsrecht, haben aber wie diesesdie Qualität eines Rechtsgesetzes, nicht nur eines Maßnahmegesetzes.

Zweiter Abschnitt

Das Wirtschaftssicherstellungsgesetz als wirtschaftslenkendes Ermächtigungsgesetz

§ 7. Der Zweck der Ermächtigungen der §§ 1 und 14 WSG

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG muß jede Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß im ermächtigenden Gesetz bestimmt sein. Für das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz folgt daraus, daß es grundsätzlich nur die ablaufspolitische Wirtschaftslenkung im Rahmen einer ordnungspolitischen Vorentscheidung betreffen darf [1]. Eine mit ihm geschaffene Maßnahmekompetenz soll sich wirklich nur auf kurz- und mittelfristige Maßnahmen, nicht auf eine qualitative Umgestaltung der Wirtschaftsordnung erstrecken. Bietet es sich ohnehin an, bei der Auslegung einer Delegationsnorm nach den Kriterien "Inhalt, Zweck und Ausmaß" vorzugehen, so trifft das auch für das wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetz zu. Wie jede andere Ermächtigung empfängt auch die zur Wirtschaftslenkung ihre wesentliche Kennzeichnung durch ihren "Zweck" im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, also durch das Ziel, das der Verordnungsgeber bei der ihm überlassenen Regelung erreichen soll und darf. Nach diesem Zweck beantwortet sich die Frage, ob sich die Ermächtigungen auf die Ordnungs- oder Ablaufspolitik beziehen. Es empfiehlt sich also, die Erörterung des Zwecks der Ermächtigungen des WSG an den Anfang zu stellen, obwohl hierbei zur näheren Konkretisierung auch teilweise auf "Inhalt und Ausmaß" der Ermächtigungen eingegangen werden muß, wie auch umgekehrt bei deren Erläuterung ein Rückgriff auf den Zweck der Ermächtigungen unvermeidbar ist [2].

Der Zweck der Ermächtigungen des WSG, das Ziel, dem die auf Grund der Ermächtigungen möglichen Regelungen des Verordnungsgebers dienen sollen, kommt bereits in der Überschrift des Gesetzes zum Ausdruck. Es ist die "Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs". Mit

---

1) Oben S. 91 ff.

2) Oben S. 89.

"Sicherstellung von Leistungen" ist ganz allgemein die Bedarfsdeckung gemeint, aber noch nicht gesagt, ob diese Bedarfsdeckung durch Einwirkung auf den Wirtschaftsprozeß oder eine Umgestaltung der Wirtschaftsordnung sichergestellt werden soll. Von der großen Vielfalt des Bedarfs an Gütern und Leistungen werden nun vom WSG nur Teilbereiche erfaßt. Einmal geht es um den für "Zwecke der Verteidigung" erforderlichen Bedarf, und zum zweiten um die Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen für den Fall einer "Versorgungskrise". "Sicherstellung" ("Bedarfsdeckung") ist jeweils im Zusammenhang mit "Verteidigung" und "Versorgungskrise" näher zu erläutern.

1. Bedarfsdeckung für Zwecke der Verteidigung

Fraglich könnte es sein, ob unter Verteidigung nur die militärische Verteidigung und damit unter Verteidigungsbedarf nur der Bedarf der Streitkräfte zu verstehen ist, oder ob § 1 WSG auch den Bedarf einer sogenannten Zivilverteidigung meint, oder sogar den gesamten Bedarf der Zivilbevölkerung im Kriegsfall als Verteidigungsbedarf ansieht. Schon der Wortlaut des § 1 Abs. 1 WSG spricht dafür, den "Verteidigungsbedarf" einheitlich unter militärischen und zivilen Gesichtspunkten zu sehen. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus der "Natur der Sache". In einem modernen Krieg ist jeder Bedarf mehr oder weniger Verteidigungsbedarf, schon deshalb, weil es in einem solchen Krieg, auf jeden Fall was das Ökonomische angeht, keine Zivilbevölkerung mehr gibt, die in Ruhe ihren Geschäften nachgeht, während "der König seine Bataillen schlägt". Ein Krieg erfordert eine Kriegswirtschaft [3], die eine "Zivilwirtschaft" nur noch sehr begrenzt zuläßt. Zweifelhaft ist allerdings, bis zu welcher Grenze ein Krieg nach den Wertentscheidungen des GG ein "totaler" Krieg, eine Verteidigung eine totale Verteidigung sein darf, womit zugleich eine Begrenzung der Zwecke gegeben wäre, zu denen das WSG angewendet werden darf. Diese verfassungsrechtliche Frage ist an anderer Stelle zu erörtern [4].

Die Versorgung mit Gütern und Leistungen zu Zwecken der Verteidigung im Sinne von § 1 Abs. 1 WSG umfaßt somit:

3) Oben S. 44 ff.
4) Unten S. 183 ff.

(1) den Bedarf der Streitkräfte an Waffen, Munition, anderem militärischen Gerät und militärischer Ausrüstung, an Bauwerken (Kasernen, Bunker, strategisch wichtige Verkehrsverbindungen), Treibstoffen, Versorgungs- und Lazaretteinrichtungen; "Streitkräfte" bezieht sich nicht nur auf die Bundeswehr, sondern auch auf die im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der verbündeten Mächte [5]; der Bedarf der Streitkräfte betrifft - aber nur indirekt - auch die Rohstoffe, Halbwaren und Investitionsgüter, die zur Herstellung oben genannter Güter benötigt werden.

(2) den Bedarf der staatlich organisierten sogenannten Zivilverteidigung [6] an sächlichen Mitteln [7] (Baumaterialien, Löschgeräte, Schutzanzüge, Medikamente usw. für Aufgaben des Luftschutzes);

(3) den Bedarf der Bevölkerung für die von ihr selbst wahrzunehmenden Aufgaben des sogenannten Selbstschutzes [8] (Lebensmittelvorräte, Baumaterialien für Schutzbauten) und den Bedarf des Lebensunterhalts im Verteidigungsfall; hier sind vom Sektor der gewerblichen Wirtschaft wichtig die Rohstoffe und Maschinen, welche die Landwirtschaft zur Aufrechterhaltung ihrer Produktion und für die Verarbeitung von Lebensmitteln benötigt, deren Bewirtschaftung sich aber, wie die von Nahrungs- und Futtermitteln, in erster Linie nach dem ESG richtet, § 1 Abs. 1 Nr. 3, 4 ESG [9]. Hinzu kommen die Zwecke des § 1 Abs. 2 WSG, nämlich die Gewährleistung der Möglichkeit, die dargestellte Bedarfsdeckung innerhalb geordneter Geld- und Kapitalmarktverhältnisse zu finanzieren ("Versorgung mit Geld und Kredit").

---

5) So die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. IV/892 S. 9. Die Pflichten der Bundesrepublik zur Versorgung der alliierten Streitkräfte richten sich nach dem Truppenvertrag (i.d.F. v. 30.5.1955, BGBl. II S. 321).

6) Dazu das Selbstschutzgesetz, §§ 14 ff., 43 ff.,v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1240).

7) Dienstverpflichtungen sind nach dem WSG nicht zulässig.

8) Siehe dazu §§ 6 ff., 21 ff. des Selbstschutzgesetzes und § 2 des Schutzbaugesetzes v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1232).

9) Näheres unten S. 118 ff.

Der so gekennzeichnete Verteidigungsbedarf wäre in seinem Umfang praktisch grenzenlos, wollte man für alle Möglichkeiten eines großen Krieges Vorsorge treffen. Der Versuch einer Begrenzung des Bedarfs durch das Wort "erforderlich" in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 WSG erschiene sinnlos; denn die Erforderlichkeiten eines modernen Krieges entsprechen seinen Ungeheuerlichkeiten. Jedoch läßt sich der Umfang des Verteidigungsbedarfs anderweitig bestimmen. Leistungen und Güter für die Streitkräfte und die staatlich organisierte Zivilverteidigung sind aus staatlichen Mitteln zu bezahlen. So begrenzt der Bundestag durch das von ihm beschlossene Haushaltsgesetz den Umfang des Verteidigungsbedarfs entscheidend und noch überschaubar [10]. Ähnliches gilt im Bereich des Selbstschutzes. Werden auf diesem Gebiet Leistungen größerer Tragweite verlangt, mit deren Anordnung in Eigentum und Freiheit eingegriffen werden müßte (so § 2 des Schutzbaugesetzes vom 9.9.1965), so stehen solche Eingriffe unter dem Vorbehalt des Gesetzes, womit die Bestimmung des Umfangs des Bedarfs indirekt aber maßgeblich wiederum beim Parlament liegt (vergleiche die nähere Ausgestaltung der Pflicht zur Errichtung von Schutzbauten in §§ 3 ff. des Schutzbaugesetzes).

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 2 WSG. Im Rahmen der Vorbereitung auf einen Verteidigungsfall, also in einer Verteidigungswirtschaft als Teil der Friedenswirtschaft im Gegensatz zur Kriegswirtschaft, sind Rechtsverordnungen nach § 1 WSG nur zulässig, soweit sie die bevorzugte Bedarfsdeckung öffentlicher Auftraggeber zur Herstellung der Verteidigungsbereitschaft bezwecken. Hiermit wird ganz klar gesagt, daß stets nur die Deckung eines konkret meßbaren Fehlbedarfs Zweck der Maßnahmen nach § 1 sein darf, solange der Verteidigungsfall nicht eingetreten ist. Die Bundesregierung kann also nicht etwa mit der Begründung von den Ermächtigungen des WSG Gebrauch machen, eine gelenkte oder geplante Wirtschaft sei allgemein effektiver und gesünder als eine Marktwirtschaft, wäre daher für Zwecke der Verteidigung (oder einer "Strategie der Abschrek-

10) So auch EVERS, JZ 1964, 697 ff., 702 (zum Regierungsentwurf des WSG).

kung") "erforderlich". Dies folgt darüber hinaus aus dem Vorrang der "marktgerechten Maßnahmen" (§ 2 Abs. 1 Nr. 2) und der vorgeschriebenen Rücksichtnahme auf die Betätigungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte (§ 2 Abs. 3), schließlich daraus, daß § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Regierungsentwurfs, in dem der Zweck der Ermächtigungen noch weiterhin mit dem Satz "um eine dingend notwendige Steigerung der Versorgungsleistungen zu erreichen" umschrieben war, während der parlamentarischen Beratungen gestrichen wurde. Das WSG schließt also ordnungspolitische Zwecke für seine Ermächtigung aus. Da es sich bei § 2 Abs. 2 Nr. 2 weiterhin um den Bedarf öffentlicher Auftraggeber handeln muß, lösen Versorgungsschwierigkeiten für private Nachfrager, auch im Bereich des Selbstschutzes, die Befugnisse des § 1 in Friedenszeiten nicht aus. Gegebenenfalls kommt insoweit § 14 WSG in Betracht.

Im Kriegsfall ist in der Tat der Verteidigungsbedarf grenzenlos. Daß hier mehr als das "Erforderliche" beansprucht wird, erscheint deshalb kaum denkbar. Ein "Verteidigungsfall" würde ein Krieg in Mitteleuropa sein, und zwar ein großer Krieg auch dann, wenn er "konventionell" geführt würde. Die Geschichte der beiden letzten Weltkriege lehrt, daß es in einem Land mit der geographischen und strategischen Situation der Bundesrepublik sehr bald am Nötigsten fehlen würde. Dies alles macht aber den Zweck der Ermächtigungen des § 1 WSG nicht unbestimmbar. Denn die Tendenz der möglichen Rechtsverordnungen ist, schon angesichts der geschichtlichen Erfahrung, durchaus voraussehbar, ebenso wie ihr Inhalt und ihr Ausmaß. Eine möglichst effektvolle Kriegführung mit dem Ziel einer schnellen Beendigung des Krieges würde eine umfangreiche Bewirtschaftung erforderlich machen. Es erscheint müßig, hierfür besondere Grundsätze herauszuarbeiten außer dem, daß der Bedarf zur Sicherung der physischen Existenz der Bevölkerung den militärischen Anstrengungen eine Grenze setzt.

2. Bedarfsdeckung in einer Versorgungskrise

§ 14 WSG ermächtigt zum Erlaß von Rechtsverordnungen, "um eine ausreichende Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen sicherzustellen, soweit die Deckung des Bedarfs an solchen Gütern und Leistungen in wesentlichen Teilen des Bundesgebietes

ernsthaft gefährdet ist, und die Gefährdung durch marktgerechte Maßnahmen, insbesondere Einfuhren, nicht, nicht rechtzeitig oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln behoben oder abgewendet werden kann". In § 2 des Regierungsentwurfs lautete die Zielformel "... um für den Fall einer Versorgungskrise eine ausreichende Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen sicherzustellen". Der Begriff "Versorgungskrise" erscheint in der endgültigen Fassung des Gesetzes nunmehr in der Überschrift vor § 14 ("Sicherstellung in einer Versorgungskrise"). Es kann gesagt werden, daß § 14 WSG insoweit inhaltlich dem § 2 des Entwurfs entspricht, mit der Klarstellung, daß die Ermächtigung auch für regional begrenzte Krisen wenigstens im Grundsatz anwendbar ist. "Ernsthafte Gefährdung der Bedarfsdeckung" ist nichts anderes als "Versorgungskrise". Beides ist in gleicher Weise nicht leicht zu konkretisieren.

Negativ lassen sich die Begriffe "ernsthafte Gefährdung der Bedarfsdeckung" und "Versorgungskrise" dahin einschränken, daß sie nicht mit dem Begriff "Wirtschaftskrise" identisch sind. "Wirtschaftskrisen" sind jene markanten Phasen im allgemeinen Auf und Ab der Wirtschaftslage, in denen eine übersteigerte Hochkonjunktur in die meist länger andauernde Depression umschlägt [11]. Wirtschaftskrisen und nachfolgende Depressionen zeichnen sich durch ein Absinken und Darniederliegen der Gesamtwirtschaft oder bestimmter Teilbereiche der Wirtschaft aus (Agrarkrisen, Kohlekrisen, industrielle Absatzkrisen). Hervorgerufen werden sie äußerlich gesehen dadurch, daß einer bestimmten Produktion plötzlich keine Nachfrage mehr gegenübersteht. So kommt die Produktion ins Stocken, die Investitionen und damit die Nachfrage nach Investitionsgütern lassen nach, die Arbeits- und Kapitaleinkommen gehen zurück, bis schließlich Massenarbeitslosigkeit und in deren Gefolge eine allgemeine Not eintreten kann. In Wirtschaftskrisen ist also zunächst nur ein Mangel an Nachfrage zu beobachten, vereinfacht gesagt, die zur Bildung eines Gleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage erforderliche Kaufkraft ist nicht vorhanden oder wird, aus welchen Gründen auch immer, nicht genügend wirksam.

---

11) SCHMÖLDERS, Konjunkturen und Krisen S. 8. Im übrigen ist auf eine Erklärung des Phänomens der Konjunkturen und Krisen hier nicht näher einzugehen.

Bei einer Versorgungskrise ist es umgekehrt: die Nachfrage nach Gütern ist, von der Geldseite her gesehen, an sich vorhanden, aber die nötigen Güter können auf der Angebotsseits nicht zur Verfügung gestellt werden, sei es aus Mengel an Rohstoffen, Kapazitäten, Kapital oder Arbeitskräften. Im Endergebnis tritt in einer Wirtschaftskrise auch eine Versorgungskrise ein, dann nämlich, wenn die Bestände, die zur Absatzstockung führten, verbraucht sind, gleichwohl aber die Produktion nicht in Gang kommt, so daß zu dem Mangel an Geld ein Mangel an Gütern hinzutritt. Allgemein könnte man definieren: "Versorgungskrise" bedeutet einen im volkswirtschaftlichen Kreislauf auf der Angebotsseite vorhandenen Mangel an Gütern und Leistungen. Es ist gleichgültig, auf welchen Ursachen dieser Mangel beruht und in welchen Teilbereichen der Wirtschaft er auftritt. Die Versorgungskrise kann auch regional begrenzt sein, was allerdings angesichts der heute außerordentlich guten Verkehrsverbindungen in einer nationalen Volkswirtschaft sehr selten sein wird.

Maßnahmen der Wirtschaftslenkung, welche nicht unmittelbar das Ziel der Bedarfsdeckung verfolgen, sondern nur allgemein der Steuerung der Konjunktur, somit der Bedarfsdeckung lediglich mittelbar und auf lange Sicht dienen, gehören also nicht zum "Programm" des § 14 WSG. So kann beispielsweise zu Zwecken des reibungslosen Abbaus von Überkapazitäten, allgemein zur Erleichterung der Anpassung der Angebotsseite an Strukturveränderungen der Nachfrage, nicht auf Grund des § 14 WSG eingeschritten werden. Für diese Zwecke hält das geltende Recht andere Möglichkeiten bereit [12] [13].

---

12) Auf dem Gebiet der Ernährungswirtschaft sind nach den Marktordnungsgesetzen vor allem Produktionskontingente möglich, z.B. § 4 Getreidegesetz (i.d.F. v. 2.8.1961, BGBl. I S. 1168) und § 5 Zuckergesetz (i.d.F. v. 9.8.1954, BGBl. I S. 255). Auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sieht das GWB für eine Selbsthilfe der betroffenen Unternehmen Ausnahmen vom allgemeinen Kartellverbot zur Überwindung von Struktur- und Absatzkrisen vor, §§ 4, 8 GWB. Der Verhinderung von Überkapazitäten dienen auch die bekannten Zulassungsbeschränkungen, vor allem in der Verkehrswirtschaft, z.B. § 9 des Güterkraftverkehrsgesetzes (v. 1.8.1961) und § 13 des Personenbeförderungsgesetzes (v. 21.3.1961).

13) Umfassendere Möglichkeiten zur makroökonomischen Wirtschaftslenkung soll das in Vorbereitung befindliche "Gesetz zur Förderung der wirtschaftlichen Stabilität" (Regierungsentwurf v.

Eine weitere Begrenzung des "Programms" des § 14 WSG ergibt sich aus der Verwendung der Worte "ernsthafte Gefährdung" und "Krise". Der Mangel der Versorgung, das Abweichen der Bedarfsdeckung von der Normalsituation muß "kritisch", also erheblich sein. Hieraus folgt, daß solche Mangellagen, die erkennbar nur temporäre "Engpässe" der Versorgung sind, deren Intensität und Dauer bei ihrem Eintreten schon überschaut werden können und deren Folgen im Rahmen kurzfristiger Dispositionen zu überwinden sind, beispielsweise durch die Auflösung von Vorratslagern [14], nicht die Lenkungsbefugnisse nach § 14 WSG begründen können. Die Statuierung des Vorrangs der "marktgerechten Maßnahmen" in § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14 WSG kennzeichnet den Zweck der zugelassenen Rechtsverordnungen gerade dahin, "ultima ratio" für jene Fälle zu sein, in denen nicht absehbar ist, ob die Wirtschaft von sich aus mit einer Mangelsituation fertig wird.

Schließlich versucht der Gesetzgeber, den Zweck der Ermächtigungen des § 14 dadurch zu konkretisieren, daß nur Maßnahmen zugelassen werden, welche die Sicherstellung einer "ausreichenden Versorgung" mit "lebensnotwendigen Gütern und Leistungen" zum Ziel haben. Es erscheint fraglich, ob hiermit wirklich eine Begrenzung des Ermächtigungszwecks jener "weitgespannten Generalklausel" [15] des § 14 erreicht werden kann.

Es muß zugegeben werden, daß nur unter allgemein spartanischen Lebensverhältnissen der Begriff "ausreichende Versorgung" ohne

---

2.9.1966, BT-Drucks. V/890) eröffnen. Bund und Länder sollen verpflichtet werden, "ihre wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen so zu treffen, daß sie zur Wahrung des Geldwertes bei hohem Beschäftigungsstand, aussenwirtschaftlichem Gleichgewicht und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen" (§ 1 des Entwurfs), wozu vor allem eine antizyklische Finanz- und Steuerpolitik dienen wird. Daneben gibt der Entwurf der Bundesbank ein neues Instrument zur Beschränkung des Kreditvolumens in die Hand, indem ihr das Recht eingeräumt wird, den Kreditinstituten Höchstgrenzen der zu gewährenden Kredite vorzuschreiben.

14) Hierfür bietet § 8 des Gesetzes über die Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen (Gesetz v. 9.9.1965, BGBl. I S. 1217) ein Beispiel, siehe unten S. 157 ff.

15) RINCK, Lehrb. Randn. 386, noch zu § 2 des Entwurfs.

Schwierigkeiten bestimmbar ist [16]; die Versorgung ist ohnehin nur in eben diesem Maße gewährleistet. Mit dem Blick auf eine verwöhnte Konsumgesellschaft, eine "Gesellschaft im Überfluß" (GALBRAITH), ist eine Abgrenzung ungleich schwieriger. Zweifelhaft ist, welcher Lebensstandard maßgebender Bezugspunkt für das Tatbestandsmerkmal "ausreichend" sein soll. Man könnte denken, daß wenigstens dadurch ein Anhaltspunkt für die nähere Konkretisierung gegeben ist, daß der Kreis der sicherzustellenden Güter und Leistungen nach dem Wortlaut des § 14 WSG auf eine bestimmte Gruppe beschränkt ist: die der "lebensnotwendigen". Dieser Gedanke kann - wenn überhaupt - nur zutreffen, soweit es sich um Güter und Leistungen handelt, die unmittelbar an den Endverbraucher geliefert oder erbracht werden. Hier könnte man den Kreis des Lebensnotwendigen nach den Vorstellungen des Verbrauchers, die sich im Preis der Güter niederschlagen, abgrenzen: für diejenige Menge eines lebensnotwendigen Gutes, die für ihn noch lebensnotwendig ist, wäre der Verbraucher bereit, "jeden" Preis zu zahlen, während er für darüber hinausgehende Mengen oder für nicht lebensnotwendige Güter dies nicht tun würde. Die Volkswirtschaftslehre bezeichnet diesen Tatbestand als "hohe Fallgeschwindigkeit des Grenznutzens" oder " unelastische Nachfrage", der sich besonders bei landwirtschaftlichen Produkten zeige [17]. Zu den lebensnotwendigen Gütern und Leistungen würden hiernach gewisse Mengen von Grundnahrungsmitteln, Textilien und Heizstoffen gehören, ferner Werkleistungen zur Schaffung und Instandhaltung von Unterkünften, von Verkehrsverbindungen und Schutzvorrichtungen gegen Naturgewalten (Deiche), endlich bestimmte Dienst- und Verwaltungsleistungen. Man könnte das "Lebensnotwendige" auch mit dem Begriff "Existenzminimum" umreißen [18].

---

16) Das hat EVERS, JZ 1964, 702 gegen § 2 des Reg.-entw. eingewandt.

17) RÖPKE, Die Lehre von der Wirtschaft S. 26 ff.

18) So unterscheidet sich das Tatbestandsmerkmal "lebensnotwendige Güter und Leistungen" im WSG von dem Begriff "Gegenstände und Leistungen des lebenswichtigen Bedarfs" im § 2 a Nr. 1 des Wirtschaftsstrafgesetzes, zu welchem Lit. und Rspr. eine recht weitherzige Auffassung vertreten (lebenswichtig sei alles, was nach "westeuropäischen Begriffen der Führung eines nicht nur auf die Befriedigung der dringlichen täglichen Bedürfnisse zugeschnittenen Lebens dienlich ist", wozu dann auch solche Güter gehören, die "das Leben erleichtern und bereichern", vergl. Hellmuth EBISCH, Wirtschaftsstrafgesetz (1959) Randn. 15 zu § 2 a m.w.N.).

Die hauptsächliche Schwierigkeit der Konkretisierung des § 14 WSG liegt - wie auch bei § 1, nur schafft dort § 2 Abs. 2 Nr. 2 etwas mehr Klarheit - in einem anderen Punkt. Güter des lebensnotwendigen Endverbrauchs werden nicht aus dem Nichts heraus produziert. Ihre Erzeugung setzt vielmehr eine Fülle von persönlichen und sachlichen Produktionsfaktoren voraus. Hat sich erst einmal ein Mangel von Produktionsfaktoren in einem ernsten Mangel an Investitionsgütern, Zwischenprodukten oder gar Fertigerzeugnissen niedergeschlagen, so ist der richtige Zeitpunkt für Wirtschaftslenkungs- und Bewirtschaftungsmaßnahmen längst vorüber. Die Gesamtwirtschaft befindet sich bereits auf der schiefen Ebene zu einer größeren Krise, und zwar umso eher und gefährlicher, je höher der Stand der Industrialisierung ist. Man denke daran, daß bei einer absoluten Knappheit an bestimmten hochwertigen Metallen der Eisenveredelung die Automobilindustrie zum Erliegen kommen könnte, mit der Folge, daß durch Feierschichten und Massenentlassungen nicht nur in den Automobilwerken, sondern auch in der großen Zahl der Zulieferbetriebe und wiederum bei deren Vorproduzenten, eine Situation entstünde, in der ein Ausfall von wirksamer Gesamtnachfrage von der Geldseite her zu besorgen ist; das kann in eine allgemeine Wirtschaftskrise führen und die Versorgung mit ganz anderen Gütern als - allgemein nicht lebensnotwendigen - Automobilen erheblich gefährden. Sicher ist die Möglichkeit einer Substitution der fehlenden Güter durch andere oder einer Umstellung der Produktion gegeben. Aber derartige Anpassungsvorgänge beanspruchen viel Zeit. Mit dem Beispiel war zu zeigen, daß der Kreis der "lebensnotwendigen Güter und Leistungen" eine große Zahl von Produktionsfaktoren umfaßt. Manche Fertigerzeugnisse, wie gerade Kraftfahrzeuge, sind ferner wichtige Exportgüter, die den Import von Rohstoffen und Grundnahrungsmitteln erst ermöglichen. Letztlich hängt eine "ausreichende" Versorgung mit Gütern und Leistungen von der Höhe des Sozialprodukts ab: je mehr produziert wird, desto mehr kann, gegebenenfalls im Austausch mit anderen Volkswirtschaften, verteilt werden. Die Abwehr einer Gefahr für die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen des Endverbrauchs kann als Zielformel des § 14 WSG nur das Fernziel der zugelassenen Maßnahmen darstellen. Das Nahziel der Maßnahmen muß erst einmal die Bedarfs-

deckung innerhalb der einzelnen Stufen der Produktion, vor allem die Deckung des Bedarfs an industriellen Rohstoffen sein. Die Meinung [19], die auf die Überwindung einer Versorgungskrise bezogenen Ermächtigungen des WSG dienten dem Ziel, den Verbraucher zu schützen, ist also in dem Sinne zutreffend, daß ein Schutz des Verbrauchers mit einem Schutz derjenigen Wirtschaftszweige identisch ist, die eine ausreichende Versorgung insgesamt erst gewährleisten. Angesichts der Intendependenz wirtschaftlicher Vorgänge sind das alle gesamtwirtschaftlich relevanten Wirtschaftszweige. Ausgenommen bleiben nur die Hersteller solcher Güter des Endverbrauchs, die nicht dem Massenbedarf zugutekommen, sondern einen ausgesprochen individuellen Bedarf befriedigen.

§ 14 WSG verlangt also der "Natur der Sache" nach eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung. Hierbei ist wesentlich, daß die Begriffe "Krise", "Gefährdung" und "ausreichend" auf einen bestimmten Normalzustand verweisen. Gerade auch der Begriff "Krise" setzt diesen Bezugspunkt voraus. Als Normalsituation wird man nun die durchschnittliche Lage der Wirtschaft in der jüngsten Vergangenheit, also etwa in den letzten drei Jahren, aufzufassen haben. Denn treten gemessen an diesem Zustand erhebliche wirtschaftliche Rückschläge ein, die sich am einfachsten an einem plötzlichen Absinken des Index der Industrieproduktion, etwa um 5 bis 10 %, ablesen lassen würden, oder sind Anzeichen manifest, daß solche Rückschläge drohen, so besteht die praktisch unwiderlegliche Vermutung, daß die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen in Gefahr geraten wird. Sinkt ein Produktionsindex derart rapide, so ist nicht abzusehen, wann und wie diese Entwicklung zum Halten kommen wird. Es ist der Sinn des WSG, seine "ratio legis", der Bundesregierung die Möglichkeit zu geben, solchen Entwicklungen auch mit Bewirtschaftungsmaßnahmen rechtzeitig zu steuern. Ein Zögern würde nur dazu führen, späterhin einschneidendere Maßnahmen treffen zu müssen. Vorausgesetzt ist allerdings immer, daß die Ursachen der Entwicklung (zumindest auch) in einer "Versorgungskrise", also in einem mangelhaften Angebot von Gütern und Leistungen für und durch die gewerbliche Wirtschaft, liegen.

---

19) RINCK, Lehrb. Randn. 386 (noch zu § 2 des Entwurfs).

Andererseits steht es der Bundesregierung nicht frei, auf Grund von Idealvorstellungen von einem "ausreichenden" Lebensstandard oder von einer bestimmten Höhe des Sozialprodukts von den Ermächtigungen des § 14 WSG Gebrauch zu machen. Die Ermächtigungen sollen nicht zur Ermöglichung einer Steigerung der Versorgung über das zur Zeit gegebene Maß hinaus benutzt werden. Das beweist auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Regierungsentwurfs, nach dem die Ermächtigungen auch angewendet werden durften, "um eine dringend notwendige Steigerung der Versorgungsleistungen zu erreichen", ist nicht Gesetz geworden. Der Delegatar des WSG hat davon auszugehen, daß die Situation der westdeutschen gewerblichen Wirtschaft in den letzten zehn Jahren - in denen ja auch von den Ermächtigungen der Vorläufer des WSG kein Gebrauch gemacht wurde [20] - vielleicht Versorgungsengpässe, aber keine Versorgungskrisen gekannt hat. So begrenzt also der Normalzustand der jeweils historischen wirtschaftlichen Situation den Zweck der Ermächtigungen des § 14 WSG.

§ 14 WSG hat auch Versorgungskrisen "in wesentlichen Teilen des Bundesgebietes" im Auge, also auch regional begrenzte Krisen. Hier ist die oben vorgenommene gesamtwirtschaftliche Betrachtung nicht anwendbar. Zweifelhaft ist aber, inwieweit solche regionalen Krisen überhaupt auftreten können. Zu denken ist an Naturkatastrophen [21], bei denen auch wichtige Verkehrsverbindungen abgeschnitten werden, und bei denen Häuser, Brücken, Deiche instandzusetzen, Lebensmittel, Brenn- und Heizstoffe und dergleichen zu verteilen sind. Allerdings steht die Maßnahmekompetenz des § 14 der Bundesregierung zu (§ 15 WSG), nicht etwa sind die im Katastrophenfall in erster Linie zum Handeln aufgeforderten Kommunal- und Bezirksstellen ermächtigt. Es erscheint nicht sinnvoll, daß bei regional begrenzten Katastrophen die mit den örtlichen Verhältnissen nicht vertrauten Bundesbehörden eine Rechtsverordnung erlassen. Für die vor allem wichtige Heranziehung zu Instandsetzungsarbeiten dürften vielmehr die Landespolizeigesetze die richtige gesetzliche Grund-

---

20) Oben S. 8 f.

21) RINCK, Lehrb. Randn. 386.

lage bilden, nach denen bei Gefährdungen oder Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch Nichtstörer in Anspruch genommen werden können, wenn sie das "Gegenmittel" in der Hand haben und die zuständigen Behörden mit ihren Mitteln allein der Lage nicht Herr werden können [22]. Sind die Arbeiten nicht "dringend" im Sinne des Polizeirechts, so ist auch kein Anlaß zu Maßnahmen nach dem WSG gegeben. Andere regionale Versorgungskrisen würden sich bei intakten Verkehrsverbindungen über das ganze Bundesgebiet ausdehnen. Nur sehr schwere und weite Gebiete erfassende Naturkatastrophen und durch sie bewirkte Verkehrsstörungen könnten die Befugnisse nach § 14 WSG vielleicht "in wesentlichen Teilen des Bundesgebietes" zum Zuge kommen lassen.

Abschließend ist festzustellen, daß § 1 und § 14 WSG sehr unterschiedliche Zwecke verfolgen. Bei § 1 geht es, sofern der Rahmen einer Friedenswirtschaft gewahrt ist, um die Deckung eines durchaus meßbaren und auch begrenzten Verteidigungsbedarfs, im Kriegsfall um die Ausrichtung der gewerblichen Wirtschaft auf den einen Zweck, den Krieg zu überstehen. Bei § 14 geht es darum, die westdeutsche gewerbliche Wirtschaft und damit auch den Verbraucher vor solchen Rückschlägen in der Versorgung zu bewahren, die im Ergebnis zu einer nicht mehr erträglichen Minderung des Lebensstandards mit all seinen gefährlichen Folgen auf sozialem und politischem Gebiet führen könnten. § 14 hat im Gegensatz zu § 1 eine mehr ordnungssichernde Funktion. Die Auslegung des Zwecks des § 14 ist weit zu fassen. Aus der "Natur der Sache" folgt, daß Maßnahmen der Wirtschaftslenkung, sollen sie sinnvoll sein, frühzeitig und unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten zu erfolgen haben.

---

22) So z.B. § 8 SOG im Anschluß an § 21 des preuß. Polizeiverwaltungsgesetzes v. 1.6.1931.

§ 8. Inhalt und Ausmaß der Ermächtigungen des WSG: der sachliche Geltungsbereich und die zugelassenen Maßnahmen

Anwendungsbereiche des WSG sind die "gewerbliche Wirtschaft" und der "Geld- und Kapitalverkehr". Letzterer Bereich ist hier nicht näher zu erläutern. Er ist schon durch die Institute, die den Geld- und Kapitalverkehr besorgen (den Banken- und Sparkassenapparat und die Börsen) hinreichend bestimmt. Anders steht es mit dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft. Dieser Bereich ist näher abzugrenzen. Ferner werden Inhalt und Ausmaß der Ermächtigungen des WSG durch den Katalog der Maßnahmen des § 1 bestimmt, auf den § 14 teilweise Bezug nimmt. Dieser Katalog ist zu erläutern, wobei es allerdings nicht die Aufgabe sein kann, jede der insgesamt zehn Nummern des Katalogs kommentarmäßig darzustellen, da hierfür der Rückhalt an einer Anwendungspraxis des Gesetzes fehlt. Lediglich leitende Gesichtspunkte oder Bedenken sind herauszustellen.

1. Der sachliche Geltungsbereich: das Gebiet der gewerblichen Wirtschaft

Gegen die Verfassungsmäßigkeit des WSG 1951 wie auch des WSG 1956 ist seinerzeit von HAMANN [1] vorgebracht worden, der Begriff "gewerbliche Wirtschaft" sei im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu unbestimmt. Eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs des WSG allein nach der ressortmäßigen Zuständigkeit des Bundesministers für Wirtschaft sei nicht hinreichend, da diese Zuständigkeit nur traditionsbedingt und nicht rechtssatzmäßig festgelegt sei. Aus anderen Gesetzen könne für den Begriff "gewerbliche Wirtschaft" nichts hergeleitet werden, da der Begriff dort mit unterschiedlichen Inhalten verwendet werde.

Für das WSG 1965 trifft der Vorwurf der Unbestimmtheit des Anwendungsbereichs und damit des Inhalts und Ausmaßes der nach ihm zugelassenen Rechtsverordnungen nicht mehr zu. "Gewerbliche Wirtschaft" umfaßt allgemein die Industrie, das Handwerk und den Handel

1) Zum WSG 1951: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 37 f.; zum WSG 1956: BB 1957, 96.

mit deren Erzeugnissen [2]; das ist näher auszuführen.

a) Abgrenzung gegenüber der Land- und Forstwirtschaft

Zweifelhaft könnte sein, inwieweit Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft, die nicht der menschlichen Ernährung oder der Tierhaltung dienen, "Waren der gewerblichen Wirtschaft" sind, ferner, ob reine Genußmittel der Ernährungswirtschaft oder der gewerblichen Wirtschaft zuzurechnen sind, schließlich, wie es mit den Waren steht, die im Wege der handwerklichen oder industriellen Bearbeitung oder Verarbeitung aus Erzeugnissen der land- und forstwirtschaftlichen Urproduktion hervorgehen, und endlich, welchem Sektor der Wirtschaft die Betriebe zuzurechnen sind, die derartige Be- und Verarbeitungen durchführen. Alle diese Fragen beantworten sich unmittelbar aus Vorschriften des WSG und des ESG.

Das ESG definiert in § 4 Abs. 1 die Erzeugnisse der Ernährungs- und Landwirtschaft. Es sind die durch Bodenbewirtschaftung, Bodennutzung, Tierhaltung, Jagd oder Fischerei gewonnenen pflanzlichen und tierischen Erzeugnisse einschließlich der Tiere und aller im Wege der Be- und Verarbeitung aus diesen Erzeugnissen hergestellten Nahrungs-, Genuß- und Futtermittel, ferner das landwirtschaftliche Saat- und Pflanzgut sowie auch wildwachsende Nahrungs- und Futtermittel. Ausgenommen vom Anwendungsbereich des ESG sind Rohtabak und Tabakerzeugnisse, Kaffee und koffeinhaltige Essenzen, die als "Waren der gewerblichen Wirtschaft" dem Anwendungsbereich des WSG unterstellt sind, § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 2 WSG. Diejenigen Erzeugnisse der Ernährungs- und Landwirtschaft, die ausschließlich der Herstellung von Waren der gewerblichen Wirtschaft dienen (gedacht ist beispielsweise an Wolle, Häute, Felle, Flachs und Hanf [3]), also gewissermaßen ungenießbar sind, gelten hinsichtlich ihrer unmittelbaren Erzeugung als Waren der Landwirtschaft und unterstehen insoweit dem ESG; hinsichtlich aller wirtschaftlichen Vorgänge, die jenseits der Erzeugung liegen, wie ihre Be- und Verarbeitung zu Halbwaren der Textil-

2) RINCK, Lehrb. Randn. 384; vergl. auch Frank EBISCH, BB 1966, 21.

3) So die Begründung zum Regierungsentwurf des ESG, BT-Drucks. IV/893 S. 11.

industrie, gelten sie als Waren der gewerblichen Wirtschaft im Sinne des WSG, § 1 Abs. 2 ESG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b WSG. Ähnlich erfolgt die Abgrenzung auf dem Gebiet der Forst- und Holzwirtschaft. Nach § 4 Abs. 2 ESG unterliegen der Anwendung dieses Gesetzes als Erzeugnisse der Forst- und Holzwirtschaft das Rohholz und dessen Nebenerzeugnisse, das forstliche Saat- und Pflanzgut sowie die Erzeugnisse des ersten Produktionsvorgangs aus Rohholz (Schnittholz), während die Verarbeitung und Verwendung des Holzes in Betrieben der gewerblichen Wirtschaft (zum Beispiel in Spanplattenfabriken, Tischlereien, Zimmereibetrieben, im Bergbau) unter das WSG fällt, § 1 Abs. 2 Nr. 2 ESG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WSG. Eine Konkurrenz zwischen Vorschriften des WSG und des ESG ist auch insoweit ausgeschlossen, als die Landwirtschaft Güter der gewerblichen Wirtschaft, wie landwirtschaftliche Maschinen und Geräte, Treibstoffe und künstliche Düngemittel, als Betriebsmittel benötigt. Diese Güter werden, solange sie noch nicht ihrer ökonomischen Bestimmung gemäß in den Besitz landwirtschaftlicher Betriebe oder Organisationen gelangt sind, als Waren der gewerblichen Wirtschaft behandelt; das ESG findet auf sie erst dann Anwendung, wenn sie bereits der Landwirtschaft zugeführt oder für deren Zwecke von den nach dem WSG zuständigen Lenkungsbehörden freigegeben sind, § 1 Abs. 1 Nr. 3 und 4 ESG. So greifen also die Vorschriften des ESG und des WSG lückenlos ineinander. Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen nicht. Die Zurechnung der Betriebe zur gewerblichen Wirtschaft oder zur Ernährungswirtschaft richtet sich danach, welchem Bereich die im Betrieb verwendeten oder produzierten Erzeugnisse zugehören. Molkereien und Konservenfabriken zum Beispiel rechnen zum Bereich der Landwirtschaft (Ernährungswirtschaft), Sägewerke zum Bereich der Forst- und Holzwirtschaft nur insoweit, als sie sich auf die Zuschneidung des Holzes beschränken; Holzveredelungsbetriebe dagegen sind Betriebe der gewerblichen Wirtschaft.

b) Abgrenzung gegenüber dem Verkehrsgewerbe

Die Abgrenzung gegenüber dem Verkehrsgewerbe ist leicht zu treffen. Das Verkehrsgewerbe hat es mit dem Transport von Menschen oder Gütern zu tun. Es untersteht nicht dem Anwendungsbereich des WSG, sondern dem des Verkehrssicherstellungsgesetzes. Fraglich hätte

lediglich sein können, welchem Bereich die Weiterleitung von elektrischer Energie und der Transport von Flüssigkeiten und Gas in Rohrleitungen zuzurechnen ist. Wohl deswegen, weil elektrische Energie, flüssige Brennstoffe und Gase regelmäßig von den erzeugenden oder verarbeitenden Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft selbst durch ihnen gehörende Leitungen oder pipelines transportiert werden, hat sich der Gesetzgeber entschlossen, diese Art von Transport nicht dem Verkehrsgewerbe und damit dem VSG zuzurechnen, sondern sie dem WSG zu unterstellen, § 1 Abs. 1 Nr. 5 und 8 WSG.

c) Abgrenzung gegenüber Dienstleistungsbetrieben

Das WSG erfaßt in erster Linie Waren, Erzeugnisse und Werkleistungen der gewerblichenWirtschaft, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 6, 7 WSG. Mit einigen Vorschriften ergreift es aber die Produktionsmittel und die Betriebe der gewerblichen Wirtschaft, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 9 und 10. Auf Dienstleistungen selbst findet das WSG keine Anwendung. Fraglich könnte sein, ob Dienstleistungsbetriebe insoweit dem WSG unterstellt werden können, als das Gesetz eine betriebsorientierte Wirtschaftslenkung zuläßt.

Zunächst stellt Nr. 5 des § 1 Abs. 1 Satz 1 klar, daß die elektrische Energie im Sinne des WSG eine "Ware" ist, die Belieferung hiermit also keine Dienstleistung. Im übrigen ist die aufgeworfene Frage zu verneinen. Dienstleistungsbetriebe werden von den nach dem WSG möglichen Regelungen nur in dem Maße erfaßt, in dem sie Waren der gewerblichen Wirtschaft verbrauchen oder weiterveräußern. Sie unterliegen nur einer waren-, nicht auch einer betriebsorientierten Wirtschaftslenkung, nicht anders als der private Verbraucher. Das gilt auch für den Handel, der in diesem Zusammenhang nicht der gewerblichen Wirtschaft zuzurechnen ist, weil er in einem weiteren Sinne lediglich Dienstleistungen erbringt. Ein Einzel- oder Großhandelsunternehmen ist kein Betrieb der gewerblichen Wirtschaft im Sinne der Nr. 4, 9 und 10 des § 1 Abs. 1 Satz 1 WSG. Solche Unternehmen verfügen nicht über Produktionsmittel und produzieren, verarbeiten oder bearbeiten keine Waren, erbringen auch keine Werkleistungen.

d) Abgrenzung gegenüber den freien Berufen

Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß die Dienst- und Werkleistungen der freien Berufe (Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Schriftsteller, Künstler) nicht zu den "Leistungen der gewerblichen Wirtschaft" im Sinne des WSG gehören, schon deshalb, weil von den Maßnahmen des Katalogs des § 1 keine auf diese Berufe paßt. Fraglich könnte aber die Einordnung der Leistungen von Architekten und freiberuflichen Ingenieuren sein. Zweifelhaft ist auch, ob die Erzeugnisse der Filmwirtschaft und des Verlagswesens "Waren der gewerblichen Wirtschaft" sein können.

Es kann hier offenbleiben, ob man die Verträge mit Architekten und freiberuflichen Ingenieuren, die sowohl Elemente des Dienst- als auch des Werkvertrages enthalten, zivilrechtlich als Werkverträge ansehen muß oder nicht [4]. Selbst wenn man sie als Werkverträge ansieht, so ist damit für den Begriff des Unternehmens der gewerblichen Wirtschaft im Sinne des WSG noch nichts gewonnen, weil das WSG einen ganz anderen Regelungszweck verfolgt als das BGB. Wegen dieses Regelungszwecks ist es auch unbeachtlich, wenn die freien Berufe als "Unternehmen" im Sinne des GWB aufgefaßt werden [5]. Ebenfalls auf die Vorschriften des HGB über die Kaufmannseigenschaft kommt es hier nicht an. Die Architekten und Ingenieure würden einer warenorientierten Bewirtschaftung ohnehin nur als Abnehmer industrieller oder handwerklicher Erzeugnisse unterliegen. Bei den Nr. 6 und 7 des Abs. 1 Satz 1 des § 1 WSG geht es darum, ob und inwieweit die Architekten und Ingenieure zu Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten an Bauwerken und technischen Anlagen herangezogen werden können. Eine richtige Lösung dürfte nur mit Hilfe einer differenzierenden Betrachtung zu finden sein. Beschränkt sich die Tätigkeit eines Architekten oder Ingenieurs auf die intellektuelle Leistung der Planung und Überwachung eines Vorhabens, so wird man diese Leistung aus dem Leistungsbegriff und einen insoweit bestehenden Betrieb aus dem Unternehmensbegriff des WSG ausnehmen müssen. Anders ist dann zu entscheiden, wenn der Architekt

---

4) Die hM entscheidet sich heute für Werkvertrag, statt aller: BGHZ 31, 226.

5) RINCK, Lehrb. Randn. 611.

oder Ingenieur über einen Betrieb mit den persönlichen und sächlichen Mitteln verfügt, Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten auch selbst auszuführen. Insoweit würde er mit seinem Betrieb Werkleistungen im Sinne des WSG erbringen und sein Betrieb auch als Unternehmen im Sinne des WSG anzusehen sein. Unterstellte man aber auch die erste Alternative des Berufsbildes der Architekten und Ingenieure den Ermächtigungen des WSG, so käme man zur Zulässigkeit von Dienstverpflichtungen, die das WSG eindeutig nicht gewährt.

Die Filmwirtschaft und das Verlagswesen wird heute zwar oft von größeren Unternehmen nach kommerziellen Gesichtspunkten betrieben. Man kann hier durchaus von einer "Industrie" sprechen. Gleichwohl handelt es sich bei Büchern, Zeitschriften und Filmen nicht um "Waren", bei den Betrieben (Redaktionen, Druckereien, Ateliers) der Filmwirtschaft und des Verlagswesens nicht um "Betriebe" der "gewerblichen Wirtschaft". Ausschlaggebend dürfte sein, daß die Erzeugnisse dieses Wirtschaftszweiges nicht unter die Zielformeln des § 1 ("erforderliche Versorgung") und des § 14 WSG ("Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen") fallen. Auch aus der Vergangenheit sind Bewirtschaftungsmaßnahmen insoweit nicht bekannt. Auf Art. 5 Abs. 1 und 3 GG braucht daher nicht eingegangen zu werden. Etwas anderes ist es, daß Filmwirtschaft und Verlagswesen als Verbraucher von Rohstoffen (Papier und Filmrohmaterial) von Maßnahmen nach dem WSG betroffen werden können.

Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des WSG nach den verschiedenen Sektoren der Wirtschaft erscheint mit der notwendigen Klarheit möglich zu sein. Der seinerzeit von HAMANN gegen die Sicherstellungsgesetze von 1951 und 1956 erhobene Einwand [6] greift zumindest heute beim WSG von 1965 nicht mehr durch.

2. Zum Katalog der Maßnahmen des § 1 WSG

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1 WSG soll der Katalog der Nummern 1 bis 10 dieser Vorschrift die Rechtsgrundlagen

6) Oben S. 117 Anm. 1.

für die umfassende Lenkung aller Wirtschaftsvorgänge - von der Gewinnung des Rohstoffs bis hin zur Zuweisung der Fertigerzeugnisse an den Endverbraucher - schaffen [7].

Nr. 1 des Katalogs ermächtigt zu Rechtsverordnungen, welche die primären Produktionsvorgänge betreffen. Es können Vorschriften erlassen werden über die "Gewinnung und Herstellung" von Waren der gewerblichen Wirtschaft. Diese Ermächtigung wird ergänzt durch die Ermächtigungen der Nr. 4 (Vorschriften über die Herstellung von Produktionsmitteln der gewerblichen Wirtschaft), der Nr. 5 (Vorschriften betreffend die Erzeugung von elektrischer Energie) und der Nr. 9 (Vorschriften über die Fertigung in Betrieben der gewerblichen Wirtschaft). Zulässig sind hiernach Vorschriften, mit denen die Produktionsmengen ziffernmäßig begrenzt werden (Herstellungskontingente, gleichbedeutend mit partiellen Herstellungsverboten, beispielsweise, nicht mehr als 70 % der Vorjahrsproduktion herzustellen). Auch kann die Produktion eines bestimmten Gutes ganz untersagt werden (totales Herstellungsverbot). Vor allem aber sind Produktionsgebote möglich, die den Unternehmungen aufgeben, eine ziffern- und/oder qualitätsmäßig beschriebene Menge eines Gutes - und nichts anderes - herzustellen. Alles das sind typische mikroökonomisch ansetzende Mengenregulierungen.

Vorschriften über die Fertigung in Betrieben der gewerblichen Wirtschaft (Nr. 9) erfassen die technische Seite der Gewinnung und Herstellung. Sie enthalten Verbote und Gebote, bestimmte Herstellungsverfahren und Produktionsmethoden anzuwenden. Auch hier geht es mittelbar um Mengenregulierungen, nämlich um Verwendungsgebote und -verbote hinsichtlich der Produktionsfaktoren, weil die Produktionsverfahren und -methoden die Mengen und die Art der eingesetzten Produktionsfaktoren bestimmen.

Die Nr. 2 und 3 betreffen die sekundären Produktionsvorgänge der Waren der gewerblichen Wirtschaft und ihnen gleichgestellter Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft, nämlich die "Bearbeitung und Verarbeitung". Ferner kann der Absatz der Waren durch Vor-

---

7) BT-Drucks. IV/892 S. 9.

schriften über die "Verpackung, Kennzeichnung, Zuteilung, Lieferung, Bezug und Verwendung" reguliert werden. Ergänzt werden diese Maßnahmen durch die Möglichkeit, Vorschriften zu erlassen über die Abgabe, Verbringung und Verwendung von Produktionsmitteln der Betriebe der gewerblichen Wirtschaft (Nr. 4) und über die Umwandlung, die Zuteilung und Abgabe, den Bezug und die Verwendung von elektrischer Energie (Nr. 5).

Wichtigster Inhalt der Maßnahmen zur Absatzregulierung ist die wirtschaftsrechtliche "Beschlagnahme". Hierbei wird dem Eigentümer oder Besitzer von Waren und Produktionsmitteln die Möglichkeit genommen, über diese Gegenstände zu verfügen, sie zu liefern oder abzugeben, also zu veräußern, zu vermieten oder zu verpachten. Zweck der Beschlagnahme ist es aber nicht, die Güter für eine längere Zeit stillzulegen oder festzuhalten, sondern nur, ihren Umlauf unter Kontrolle zu bringen, also die Menge der Güter in der Hand des jetzigen oder künftigen Inhabers zu regulieren. Die Güter werden also lediglich einem freien Markt entzogen, um sie ihrer ökonomischen Funktion nunmehr im Rahmen einer staatlichen Bewirtschaftung zuzuführen [8]. Die Beschlagnahme wird daher mit einem Ablieferungszwang an staatliche Verteilungsstellen, mit Liefergeboten an private Abnehmer, mit Bezugsbeschränkungen oder Festlegung von Bezugspräferenzen, oder gleich mit einem allgemeinen Bezugsscheinsystem gekoppelt.

Auf derselben Ebene wie die Beschlagnahme und die an sie anschließenden Lenkungsverfügungen steht auch die große Gruppe von Verarbeitungsvorschriften und von Verwendungsgeboten und -verboten. Diese Vorschriften richten sich allerdings fast ausschließlich an die produzierenden und verarbeitenden Unternehmungen und zielen auf die technische Seite der Produktion (nämlich die Verwendung knapper und weniger knapper Rohstoffe, Substitution durch "Ersatz"-stoffe). Für den privaten Endverbrauch kommen Verwendungsvorschrif-

8) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 34 ff.; RINCK, Lehrb. Randn. 314. Es handelt sich bei der Beschlagnahme und dem Ablieferungszwang daher auch nicht um enteignende "Einzeleingriffe" nach der Enteignungslehre des BGH, vergl. BGH in NJW 1953, 582. Auch eine "funktionsgerechte Verwendung" bleibt, man denke z.B. an die Wohnraumbewirtschaftung, erhalten (vergl. FORSTHOFF, Lehrb. S. 302 m.w.N.).

ten kaum in Betracht. Die dorthin ausgelieferten Güter sind meist auf eine konkrete Verwendungsart festgelegt. Die Innehaltung der Vorschriften wäre im übrigen auch gar nicht zu überwachen.

Insgesamt stellen sich alle vorstehend aufgeführten Maßnahmen als Einwirkungen auf die Mengen der Güter dar, und zwar als Einwirkungen sowohl auf die Mengen der Vorerzeugnisse als auch auf die Mengen der aus diesen hergestellten Erzeugnisse. Eine Ausnahme bilden lediglich die Vorschriften über die "Verpackung und Kennzeichnung", die indes keine Maßnahmen der Wirtschaftslenkung sind, sondern dem Schutz des einzelnen Verbrauchers, vor allem dem Schutz seiner Gesundheit, dienen sollen, wie es zur Zeit die Kennzeichnungsvorschriften des Lebensmittelrechts tun.

Die nach den Nummern 5 und 8 des Katalogs zugelassenen Vorschriften über die Weiterleitung von elektrischer Energie und die Weiterleitung von Waren der gewerblichen Wirtschaft in Rohrleitungen erscheinen gegenüber den bisher dargestellten Maßnahmen gar nicht einmal atypisch. Denn auch hier kommen praktisch jene Maßnahmen der Mengenregulierung in Betracht, die im Zusammenhang mit der Gewinnung und Herstellung schon aufgeführt wurden, hier allerdings bezogen auf den Transport, also Transportkontingente, Transportgebote und -verbote.

Die nach Nr. 6 und 7 mögliche Sicherstellung von Werkleistungen fällt ebenfalls nicht aus dem allgemeinen Rahmen der ablaufspolitischen Mengenregulierungen heraus. Bei Nr. 6 geht es darum, Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft zu Instandsetzungsarbeiten aller Art und zur Herstellung und Veränderung von Bauwerken verpflichten zu können. Einem im Umfang mangelhaften Angebot solcher Werkleistungen soll also im Notfall mit administrativen Mitteln abgeholfen werden. Nr. 7 erweitert den Kreis der zu erbringenden Werkleistungen auf solche, die der Herstellung und Veränderung von technischen Anlagen dienen. Hier wird im wesentlichen die Möglichkeit eröffnet, hinsichtlich der genannten Werkleistungen einen Kontrahierungszwang einzuführen, wobei auch Einzelheiten der Vertragsinhalte

festgelegt werden können ("diktierte Verträge") [9].

Einen besonderen Paragraphen, § 4, widmet das WSG dem Lenkungsmittel der Lagerung und Vorratshaltung. Dieses Mittel ist eines der bedeutsamsten der Vorsorge für den Notfall. Die Anwendung des § 4 WSG ist allerdings nur innerhalb der Zielformel "Deckung des Verteidigungsbedarfs" möglich [10]. Die Vorschrift zeichnet sich dadurch aus, daß den Betrieben, die von Anordnungen über Lagerung und Vorratshaltung betroffen werden - § 4 WSG gibt selbst keine solche Anordnungen, sondern ermächtigt nur, sie durch Rechtsverordnung zu erlassen - eine besondere Art von Ausgleich für die wirtschaftlichen Verluste umfangreicher Lagerhaltung in Aussicht gestellt wird. Im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel können direkte Finanzierungshilfen (Bürgschaften, Zuschüsse, Zinsverbilligungen) gewährt werden, § 4 Abs. 2, für bevorratete Wirtschaftsgüter des Umlaufsvermögens daneben Steuervergünstigungen, § 4 Abs. 3.

Endlich sieht das WSG die Möglichkeit vor, unmittelbar, also ohne "Umweg" über die Lenkung der Produktionsmengen, -mittel und -verfahren und die Lenkung des Warenweges, auf die Entschlüsse der Inhaber von Betrieben der gewerblichen Wirtschaft einzuwirken. Man wird diese Wirtschaftslenkung als "betriebsorientierte" Wirtschaftslenkung bezeichnen können, im Gegensatz zu einer waren- oder güterorientierten Lenkung. Nach der Ermächtigung der Nr. 10 des Katalogs des § 1 WSG sind Vorschriften zugelassen über die "vorübergehende Verwaltung von Betrieben der gewerblichen Wirtschaft". Zum Begriff "Verwaltung" lassen sich nun zwei Bereiche unterscheiden. Der eine ist die mehr formale Seite der Betriebsführung, wie Buchführungs-, Rechnungslegungs- und Bilanzierungspflichten. Der andere betrifft die Befugnis, über materielle Inhalte der Unternehmenspolitik zu entscheiden. Diese Befugnis steht den Eigentümern

---

9) Auf die rechtlichen Besonderheiten dieser Bewirtschaftungsform soll hier nicht näher eingegangen werden; vergl. dazu RINCK, Lehrb. Randn. 330 ff. und die dortigen Nachweise.

10) Für Vorratshaltungen im Hinblick auf zivile Versorgungskrisen (§ 14 WSG) kommt auf dem wichtigen Gebiet der flüssigen mineralischen Brennstoffe dem "Gesetz über die Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen" v. 9.9.1965 eine besondere Bedeutung zu, vergl. dazu unten S. 157 f.; auf dem Agrarsektor sind die Einfuhr- und Vorratsstellen zu nennen, siehe unten S.156 f.

zu, die sie auf Geschäftsführer, Vorstände, Generalbevollmächtigte übertragen können. Hinzutreten die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer. Die Regelung der Befugnisse von Eigentümern, Geschäftsleitungen und Arbeitnehmerschaft ist Gegenstand grundsätzlicher ordnungspolitischer Entscheidungen über die Produktions- und Marktverfassung, also des Gesellschafts-, Kartell-, Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrechts. Soll nun die Ermächtigung der Nr. 10 des Katalogs dazu dienen, nur für einen mehr formalen Bereich der Verwaltung Vereinfachungsvorschriften zu erlassen, oder dazu, die Rechte des Vorstands einer Aktiengesellschaft gegenüber den Anteilseignern zu erweitern oder zu beschneiden, also auf diese oder andere Weise das Gesellschaftsrecht umzugestalten? - Oder soll die Ermächtigung dazu dienen können, das Betriebsverfassungsrecht zu ändern? - Oder dazu, Zwangskartelle zu bilden? - Oder schließlich dazu, in jeden wichtigen Betrieb einen mit entsprechenden Machtbefugnissen ausgestatteten Staatskommissar zu entsenden, oder die Betriebe gleich direkt einem Ministerium zu unterstellen, so daß es der Ermächtigungen der Nummern 1 bis 9 des Katalogs gar nicht mehr bedürfte? - Nach welchen Grundsätzen sollten derartige Vorschriften erlassen werden? - Es scheint sich hiernach bei der Ermächtigung der Nr. 10 des Katalogs um ein "Gefäß für unabsehbare Inhalte" [11] zu handeln. Die Ermächtigungsnorm ist aber doch aus ihrem Wortlaut, aus dem Gesamtzusammenhang der Vorschriften des WSG und aus der "Natur der Sache" näher konkretisierbar. Schon das in den parlamentarischen Beratungen [12] auf Anregung des Bundesrates [13] in die Vorschrift der Nr. 10 eingefügte Wort "vorübergehende" zeigt, daß langfristige Umgestaltungen der Produktions- und Marktverfassung nicht zugelassen sein sollen. Für eine restriktive Auslegung bietet der Wortlaut auch noch einen weiteren Anhalt: es heißt nicht Verwaltung "der Betriebe", sondern Verwaltung "von Betrieben" der gewerblichen Wirtschaft. Die Ermächtigung zielt also

---

11) So die Formulierung von KRAUSE, FS Hueck S. 418, im Hinblick auf die weitgefaßte Ermächtigung des § 3 des Gesetzes v. 4.8.1914 - siehe oben S. 80.

12) Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. IV/3416 S. 2.

13) Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des WSG, BT-Drucks. IV/892 S. 15.

nur auf punktuelle Eingriffe in die Verwaltung einzelner Betriebe, nicht auf das allgemeine Unternehmerrecht als solches. Diese Auslegung wird auch durch die in § 2 Abs. 3 WSG vorgeschriebene Rücksichtnahme auf die Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer und durch den Vorrang der "marktgerechten Maßnahmen" geboten. Für eine Durchbrechung der Prinzipien einer überwiegend ohne direkte staatliche Einflußnahme koordinierten Wirtschaft muß hiernach ein konkreter Anlaß gegeben sein, der unter der allgemeinen Zielformel des WSG, der Bedarfsdeckung mit ablaufspolitischen Mitteln, zu stehen hat. Nur wenn einzelne Unternehmer oder Betriebsleitungen nicht fähig oder nicht willens sind, den auf Grund der Nummern 1 bis 9 des Katalogs getroffenen Regelungen Folge zu leisten, kann sich nach der Ermächtigung der Nr. 10 die Möglichkeit ergeben, daß die Behörden der Wirtschaftslenkung auf die Führung eines Betriebes unmittelbar Einfluß nehmen. Nur in diesen Fällen ist eine Einflußnahme auch unter Gesichtspunkten der Bedarfsdeckung notwendig, weil eine nur teilweise Durchsetzung als Einheit geplanter und angeordneter Lenkungsmaßnahmen zu Ungleichgewichten im Wirtschaftsprozeß führen und damit mehr Schaden als Nutzen stiften würde. Die Ermächtigung der Nr. 10 ist also den Ermächtigungen der Nummern 1 bis 9 subsidiär und gewinnt die Funktion, gewissermaßen "Sanktionsmaßnahmen" [14] im Hinblick auf die Durchführung der ablaufspolitischen Maßnahmen der Nummern 1 bis 9 zu ermöglichen [15]. Keineswegs aber darf die Ermächtigung extensiv interpretiert werden und dazu dienen, ordnungspolitische Maßnahmen und diese um ihrer selbst willen durchzuführen.

Die nach § 1 Abs. 2 WSG zugelassenen Eingriffe in den Geld- und Kapitalverkehr betreffen die Manipulierung gesamtwirtschaftlich relevanter Größen, die makroökonomische Ablaufspolitik [16]. Gerade wegen der hier stets gegebenen Auswirkung auf die Gesamtwirtschaft sind diese Maßnahmen wirtschaftlich gesehen stets sehr einschneidend und auch gefährlich [17]. Zugelassen sind Vorschriften über die

---

14) Diese dürfen selbstverständlich nicht strafrechtlicher Natur sein; insoweit gelten die §§ 23 ff. WSG.

15) Der Ausschußbericht, aaO (Anm. 12), nennt denn auch als (einziges) Beispiel für die Ermächtigung der Nr. 10 die Einsetzung eines Verwalters in einen Betrieb.

16) Oben S. 60.

17) RÖPKE, Gutachten S. 23.

Vornahme von Bank- und Börsengeschäften, über die Geschäftstätigkeit und die Schließung von Kreditinstituten und Wertpapierbörsen. Solche Regelungen können verbieten, daß bestimmte Geschäfte vorgenommen werden, und sie können für die zugelassenen Geschäfte Konditionen festlegen. Die Ermächtigungen sind sehr umfangreich, ihr Inhalt und ihr Ausmaß sind aber, weil die Verfassung des Banken- und Börsenapparates (Ordnungspolitik) nicht betreffend, noch bestimmbar. Eine Schließung von Kreditinstituten und Wertpapierbörsen wird hiernach stets nur für eine sehr kurze Zeit zulässig sein, etwa für einige Tage oder auch zwei Wochen, eine Zeit, die nötig ist, um andere Maßnahmen zur Kontrolle des Geld- und Kapitalverkehrs zu erlassen und während dieser Vorbereitungszeit einen allgemeinen "run" auf die Institute zu verhindern.

Rechtsverordnungen nach § 1 Abs. 2 dürfen zu Zwecken der Bedarfsdeckung in einer Versorgungskrise nicht erlassen werden, § 14 WSG. Überhaupt sind die hierfür in Betracht kommenden Maßnahmen auf die weniger schwerwiegenden eingeschränkt. Vom Katalog des § 1 Abs. 1 Satz 1 scheiden aus: Nr. 4 (Bewirtschaftung von Produktionsmitteln), Nr. 7 (erweiterte Verpflichtung zur Erbringung von Werkleistungen), Nr. 9 und 10 (Fertigung in und Verwaltung von Betrieben der gewerblichen Wirtschaft), ein Teil der Maßnahmen der Nr. 2 (Bearbeitung, Verarbeitung, Verpackung und Kennzeichnung); ferner scheidet § 4 (Vorratshaltung) aus. Im Rahmen der Vorbereitung auf einen Verteidigungsfall ("Verteidigungswirtschaft") gelten noch weitere Einschränkungen. Es sind lediglich zugelassen Vorschriften über: Herstellung, Zuteilung, Lieferung und Bezug einzelner Waren der gewerblichen Wirtschaft sowie über die Erbringung von Werkleistungen zum Zwecke der Instandsetzung; ferner ist § 4 anwendbar.

Nach alledem zeichnet sich der Katalog des § 1 WSG durch einen kaum zu überbietenden Perfektionismus in der Erfassung aller wirtschaftlichen Vorgänge aus. Auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sind ablaufspolitische, mikroökonomisch ansetzende Mengenregulierungen aller Art zugelassen. Nicht unter das WSG fallen Maßnahmen der Preislenkung [18] und die Lenkung von Arbeitskräften [19].

---

18) Hierfür gilt das Preisgesetz v. 10.4.1948 i.d.F. des Verlängerungsgesetzes v. 29.3.1951 (BGBl. I S. 223) und den Einschränkungen durch BVerfGE, 8, 274 ff.

19) Ein Zivildienstgesetz ist in Vorbereitung (BT-Drucks. IV/450).

3. Abgrenzung von Sicherstellungsrecht (WSG) und Leistungsrecht (BLG)

Für die Vergangenheit sind verschiedentlich Überschneidungen von Leistungs- und Lenkungsrecht festzustellen [20]. Diese sind heute im Verhältnis vom WSG zum BLG und umgekehrt nicht mehr gegeben.

Die Systematik des BLG ist ausschließlich auf die Anforderung individueller Gegenstände und deren unmittelbare Übertragung auf staatliche Stellen in einem besonderen Verfahren angelegt (§§ 2, 35 BLG). Das BLG ermächtigt nicht zu allgemeinen Bewirtschaftungsmaßnahmen. Das geht auch deutlich aus der Entstehungsgeschichte des BLG und des WSG von 1956 hervor. Die Bundesregierung hatte in ihrem Entwurf eines BLG [21] noch den Wortlaut des § 3 b des Reichsleistungsgesetzes von 1939 [22] aufgenommen (§ 12), allerdings mit Einschränkungen (nur noch bezogen auf die Land- und Forstwirtschaft) Diese Vorschrift wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen, weil befürchtet wurde, es könnten hierauf Bewirtschaftungsmaßnahmen gestützt werden. Die Schaffung der gesetzlichen Grundlagen für eine Wirtschaftslenkung zu Verteidigungszwecken sollte jedoch einem besonderen Gesetz vorbehalten werden [23]. So hatte für den Sektor der gewerblichen Wirtschaft die Bundesregierung schon im Entwurf zum WSG 1956 ausgeführt [24], den Vorschriften eines BLG sollten die Betriebe der gewerblichen Wirtschaft insoweit nicht unterstellt werden, als es sich um die Herstellung, Verarbeitung, Lagerung und Lieferung von Waren sowie um die Erbringung bestimmter Werkleistungen handele. Entsprechend stellt die Bundesregierung in der Begründung zum WSG 1965 fest, daß ihr das BLG keine Handhabe biete, Bewirtschaftungsmaßnahmen einzuführen; es ermächtige nur zu "Einzeleingriffen" [25].

---

20) Oben S. 81, 84; Frank PAETZOLD, Das Bundesleistungsgesetz usw. S. 41 ff.

21) BT-Drucks. II/1804.

22) Oben S. 84.

23) Bericht des Innenausschusses des Bundestages, BT-Drucks.II/2492.

24) BT-Drucks. II/794.

25) BT-Drucks. IV/892 S. 8; vergl. auch zum ESG BT-Drucks, IV/893 S. 9 und zum VSG BT-Drucks. IV/894 S. 12.

Bei der Abgrenzung von der Seite des WSG aus geht es um die Frage, ob das WSG seinerseits nur zu generellen Maßnahmen ermächtigt und damit alle "Einzeleingriffe" dem BLG vorbehält. Unter "Einzeleingriffen" werden Maßnahmen verstanden, mit denen das Eigentum oder die Nutzung individueller Gegenstände durch hoheitliche Anordnung unmittelbar auf die Behörden übertragen wird, welche die Gegenstände ihrer Verwendung zuführen. Die Frage, ob solche Maßnahmen nach dem WSG zugelassen sind, stellt sich auf Grund der Ermächtigung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WSG. Hier wird die Möglichkeit eröffnet, Vorschriften zu erlassen über die Zuteilung, die Lieferung und den Bezug von Waren und Erzeugnissen der gewerblichen Wirtschaft. Man könnte daran denken, hierzu auch Rechtsverordnungen zu zählen, die Vorschriften über "Einzeleingriffe" enthalten.

Nach der Entstehungsgeschichte der Gesetze wollte der Gesetzgeber eine klare Trennung von Leistungs- und Lenkungsrecht schaffen. Das ist ihm auch gelungen. Unter das WSG fallen nur solche Regelungen, welche, soweit sie überhaupt Behörden als Empfänger von Waren und Leistungen begünstigen [26], die Hersteller, Lieferanten und Abnehmer als Wirtschaftssubjekte behandeln. Auch öffentliche Auftraggeber treten als Teilnehmer am Warenverkehr auf. Sie können nach dem WSG nicht selbst von hoher Hand Waren oder Leistungen anfordern, sondern müssen von der Wirtschaftslenkungsbehörde eine Zuteilungspräferenz zugesprochen erhalten, bei der für den Lieferanten die Lieferpflicht angeordnet wird. Hiermit ist dann die Vereinbarung oder Festsetzung eines "Übernahmepreises" verbunden, der privatrechtliches Leistungsentgelt (Kaufpreis), nicht öffentlich-rechtliche Entschädigung ist; Lenkungen des Warenverkehrs stellen grundsätzlich keine Enteignung dar wie die Einzeleingriffe nach dem BLG [27]. Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß § 20 WSG eine Regelung über die Enteignungsentschädigung trifft. Diese Vorschrift ist mit dem Blick auf jene Fälle zu sehen, in denen Bewirtschaftungsmaßnahmen - gewissermaßen unbeabsichtigt - auch dann noch auf eine Enteignung hinauslaufen, wenn sich die Exekutive an die Schranken des § 2 Abs. 3 WSG gehalten hat. Mit

---

26) Vergl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 WSG: "öffentliche Auftraggeber".

27) Siehe zunächst Anm. 8 auf S. 124; ferner RINCK, MDR 1952, 524 ff.; EHLERMANN, Wirtschaftslenkung und Entschädigung S. 52 ff.; BGHZ 1, 4; 1, 75, 79.

§ 20 soll von jenen Maßnahmen des Odium der Rechtswidrigkeit genommen werden, das sie als enteignungsgleiche Eingriffe [28] ohne diese Regelung hätten. Nicht aber folgt aus § 20 WSG, daß Einzeleingriffe im Sinne des BLG zum "Programm" des WSG gehörten.

Voraussetzungen und Grenzen der Sicherstellung. Die Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG ("marktgerechte Maßnahmen")

1. Allgemeines zu § 2 WSG

Der mit "Voraussetzungen und Grenzen der Sicherstellung" überschriebene § 2 WSG enthält fünf verschiedene Kautelen, die Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungen des § 1 begrenzen sollen. § 14 hat hiervon zwei in seinen Wortlaut übernommen (in Abs. 1) und nimmt auf zwei weitere Bezug (in Abs. 2). Es handelt sich im einzelnen um folgende, das "Programm" des WSG bestimmende Vorschriften.

§ 2 Abs. 2 schränkt die Ermächtigungen des § 1 erheblich ein für die Wirtschaftslenkung "im Rahmen der Vorbereitung auf einen Verteidigungsfall", also für die verteidigungswirtschaftliche - im Gegensatz zur kriegswirtschaftlichen [1] - Lenkung. Diese Einschränkung ist naturgemäß in § 14 nicht enthalten. Sie wurde bereits erörtert [2]. § 2 Abs. 1 Nr. 1 stellt, ebenso wie § 14 Abs. 1, klar, daß nur eine Gefährdung der Bedarfsdeckung (§ 14: "ernsthafte" Gefährdung) die Maßnahmekompetenz der Exekutive nach dem WSG entstehen läßt. Auch das ist bereits durchgehend berücksichtigt [3]. § 2 Abs. 3, auf den § 14 Abs. 2 verweist, bindet die Exekutive unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten. Die nach §§ 1 und 14 zu erlassenen Rechtsverordnungen sind inhaltlich so zu gestalten, daß sie - erstens - in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung so wenig wie möglich eingreifen, und daß - zweitens - die Lei-

---

28) BGHZ 6, 270, 290 f.
1) Oben S. 44 ff.
2) Oben S. 107, 129.
3) Oben S. 108, 112 ff.

stungsfähigkeit der Gesamtwirtschaft so wenig wie möglich beeinträchtigt wird. Zur Auslegung dieser Vorschrift sind keine näheren Ausführungen zu machen. Es handelt sich bei ihr um nichts anderes als eine Ausprägung des für alle in die Rechtssphäre der Staatsbürger eingreifende Staatstätigkeit geltenden Grundsatzes, daß auch bei gegebener Erforderlichkeit des Eingreifens stets noch die Verhältnismäßigkeit des im konkreten Fall anzuwendenden Mittels zu beachten ist. Für die nach dem WSG zugelassenen Bewirtschaftungsmaßnahmen läßt sich allgemein nur sagen, daß Lenkungsverfügungen wie Verwendungsvorschriften, Kontingente und Herstellungsgebote die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit weniger einzuschränken pflegen als Bezugsbeschränkungen, diese wiederum relativ weniger schwerwiegend erscheinen als Beschlagnahmen und schließlich vorschriften über die "Verwaltung" von Betrieben nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 WSG. Bei der Beurteilung jedes Lenkungsmittels kommt es auch darauf an, mit welcher Intensität von ihm im konkreten Fall Gebrauch gemacht wird.

Bemerkenswert ist an § 2 Abs. 3 WSG, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Schutz einer "Leistungsfähigkeit der Gesamtwirtschaft" in gleicher Weise angewendet wird wie auf den aus rechtsstaatlichen Gründen ohnehin gebotenen Schutz der Rechtssphäre des einzelnen Staatsbürgers. Es ist hier also jene Verbindung des Individualschutzes mit dem Schutz objektiver, vordergründig betrachtet nur ökonomisch relevanter Sachgegebenheiten zu beobachten, die für das Wirtschaftsrecht in einem sozialen Rechtsstaat symptomatisch sein muß [4], weil dieser Staat eben beides zu gewährleisten hat: eine rechtlich gesicherte Freiheit und eine funktionsfähige Wirtschaft [5].

Die fünfte, nunmehr ausführlich zu erörternde Vorschrift, mit welcher der Gesetzgeber des WSG die Ermächtigungen der §§ 1 und 14

---

4) Die Frage nach dem durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschützten Rechtsgut wird heute von der herrschenden Meinung dahin beantwortet, daß es um den Schutz zweier Rechtsgüter gehe, nämlich die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer einerseits und den Wettbewerb als marktwirtschaftliches Prinzip andererseits, vergl. RINCK, Lehrb. Randn. 625 und NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 63, jeweils m.w.N.

5) Oben S. 100 f.

WSG konkretisiert, ist die des § 2 Abs. 1 Nr. 2. Mit ihr wird die Subsidiarität aller Maßnahmen nach dem WSG gegenüber "marktgerechten Maßnahmen" der Wirtschaftslenkung angeordnet.

2. Fragestellungen zur Auslegung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG

Bei der Auslegung des Wortlauts einer Gesetzesbestimmung, die eine auf außerjuristische Wissensgebiete bezogene Begriffsbildung enthält, ist zunächst das "Verknüpfungsproblem" zu lösen [6]. Es ist also der Begriff zu ermitteln, an den der Gesetzestext anknüpft, und es sind die Sachverhalte darzustellen, die durch ihn bezeichnet werden sollen. Sind die Grenzen des außer-rechtlichen Begriffsinhalts unscharf, so ist dessen - möglichst unstreitiger - Kernbereich herauszuarbeiten. Sodann ist durch eine teleologische Interpretation, eine Auslegung nach der "Natur der Sache" [7], zu ermitteln, in welchem Umfang der Begriff durch seine "Rezeption" "verrechtlicht" ist, welchen juristischen Sinn er nunmehr gewonnen hat.

Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "marktgerechte Maßnahmen" muß also zuerst gefragt werden, an welchen der wirtschaftswissenschaftlichen Konformitätsbegriffe [8] er "anknüpft". Sodann ist die Interpretation durch eine Darstellung der "Verrechtlichung" des Begriffs fortzuführen. Die erste dieser beiden Fragen soll gleich vorweg beantwortet werden.

Die seit 1949 die Politik der Bundesrepublik maßgeblich bestimmende stärkste Bundestagsfraktion (CDU/CSU) verficht bekanntlich die wirtschaftspolitische Konzeption der "sozialen Marktwirtschaft" [9]. Diese beruht wesentlich auf der ordoliberalen Theorie der Wirtschaftspolitik [10]. Schon aus diesem Grunde liegt es nahe anzunehmen, daß § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG an den ordoliberalen Konformitäts-

---

6) Oben S. 31 ff.

7) Oben S. 24 ff.

8) Oben S. 62 ff.

9) Statt vieler: Ludwig Erhard, Wohlstand für alle (1957); ders., Deutsche Wirtschaftspolitik. Der Weg der sozialen Marktwirtschaft (1962); MÜLLER-ARMACK, HdSW Bd. 9 S. 390 ff.

10) MÜLLER-ARMACK, aaO; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 19.

begriff (im Sinne RÖPKES, EUCKENS und MÜLLER-ARMACKS [11]) anknüpft. Diese Annahme wird durch ein Studium der Materialien des WSG erhärtet. Schon das WSG 1951 verwendete (in § 1 Abs. 2) den ordoliberalen terminus "Wettbewerbswirtschaft" [12]. Die Bundesregierung sah in dieser Wendung die "Verankerung des Vorrangs der sozialen Marktwirtschaft" [13]. Die Berichterstatter der zuständigen Bundestagsausschüsse führten seinerzeit aus, die Sicherstellungsgesetze von 1951 und 1956 sollten nicht dazu dienen, die soziale Marktwirtschaft abzulösen [14]; hierbei wurde auch der Ausdruck "marktkonform" für "marktgerecht" gebraucht. In den Materialien zum WSG 1965 ist die Rede davon, daß die Maßnahmen nach dem WSG sich möglichst "in eine marktwirtschaftliche Ordnung einfügen" sollten [15]. Beruht der Gesetzesbegriff "marktgerechte Maßnahmen" auf der Begriffsbildung der ordoliberalen Theorie, so haben der "erweiterte Begriff der Marktkonformität" (J. Heinz MÜLLER [16]) und die "Stufen der Systemkonformität" (THALHEIM, TUCHTFELDT [17]) für die Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG auszuscheiden. Das gilt auch für den Begriff der "Systemkonformität" nach v. STACKELBERG [18], falls man diesen Autor überhaupt zum Ordo-Liberalismus rechnen soll. Dieses Ergebnis folgt nicht nur aus der Entstehungsgeschichte des WSG, sondern auch aus seinem "Programm". Denn nach der Terminologie des Gesetzgebers muß geschlossen werden, daß er die nach §§ 1 und 14 zu treffenden Maßnahmen nicht mehr als "marktgerecht" ansieht. Nach dem Katalog des § 1 sind nun aber Maßnahmen zugelassen, die durchaus "systemgerecht" im Sinne v. STACKELBERGS sind (beispielsweise Bezugs- und Produktionskontingente [19]), oder im Sinne TUCHTFELDTS "systemfördernd" sein können (beispielsweise Kontingente als Maßnahmen der Krisensteuerung [20]). Vor allem den Maßnahmen nach § 14 soll ihrer ordnungssichernden Funktion wegen eine starke "Tendenz zur Selbstaufhebung" innewohnen, sie sollen also den Kriterien des "erweiterten Begriffs der Marktkonformität" ge-

---

11) Oben S. 65 ff.
12) Oben S. 12.
13) Oben S. 12.
14) Oben S. 12, 13.
15) Oben S. 13.
16) Oben S. 70.
17) Oben S. 76 ff.
18) Oben S. 69 f.
19) Oben S. 70.
20) Oben S. 76 f.

nügen [21]. Im "Vorrang der marktgerechten Maßnahmen" liegt für § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG im Grunde genommen ein Doppeltes: zum ersten der allgemeine Vorrang des marktwirtschaftlichen Systems, also das Verbot, die gewerbliche Wirtschaft absichtlich - ohne zwingende Erfordernisse des Ermächtigungszwecks - der Transformation in eine verwaltungsmäßig koordinierte Wirtschaft auszusetzen, und zum zweiten der spezielle Vorrang marktgerechter Lenkungsmittel innerhalb des Programms der Systemerhaltung.

Das "Verknüpfungsproblem" ist damit gelöst.

Bei der nunmehr zu erörternden Frage einer "Verrechtlichung" des Begriffs stellt sich folgendes Problem: dient § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG ausschließlich dazu, das Funktionieren des Marktmechanismus um seiner selbst willen vor Störungen durch Maßnahmen des Verordnungsgebers möglichst zu schützen, eine hierauf gerichtete Rechtsetzung dem Gesetzgeber vorzubehalten, oder dient diese Vorschrift auch (oder in erster Linie) dem Schutz der Rechtssphäre der einzelnen Staatsbürger in ihrer Eigenschaft als Marktteilnehmer ? - Mit anderen Worten: welcher "Rechtswert" wohnt marktgerechten wirtschaftspolitischen Mitteln inne, und ist dieser möglicherweise unter Bezugnahme auf andere Vorschriften der Rechtsordnung (Art. 2 Abs. 1 GG ?) näher konkretisierbar? - Daneben stellt sich die Frage, inwieweit der besondere Zweck des WSG als eines wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes und inwieweit die "Natur der Sache" der Wirtschaftslenkung eine "Verrechtlichung" des Begriffs "marktgerechte Maßnahmen" aufgibt. Bevor eine Antwort auf die gestellten Fragen versucht wird, ist zunächst darauf einzugehen, in welcher Weise die rechtswissenschaftliche Literatur den Begriff "marktgerechte Maßnahmen" bisher auffaßt.

3. Der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Überblick und Kritik

Der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur bisher selten, noch weniger mit Bezugnahme auf das

21) Oben S. 70.

WSG oder seine Vorläufer, und stets nur kurz erörtert worden, wenn nicht sogar seine Brauchbarkeit schlechthin verneint wurde [22]. Für die bisherigen Auseinandersetzungen mit dem Begriff sind verschiedene Ausgangspunkte der Argumentation zu erkennen.

a) Anknüpfung an den wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Systemkonformität

E.R. HUBER [23] hat unter "marktkonformer Wirtschaftslenkung" solche staatlichen "Interventionen" verstanden, die am Modell einer sich selbst regulierenden Wirtschaft orientiert sind und nur korrigierend auf einen gestörten marktwirtschaftlichen Prozeß einzuwirken haben. Kennzeichnend sei, daß diese Maßnahmen eine wenn auch nur vorübergehende Durchbrechung des marktwirtschaftlichen Prinzips um der Verteidigung eben dieses Prinzips willen darstellten, also keinen Übergang zu einem System nichtmarktwirtschaftlicher Struktur ankündigten. Es handelt sich hiernach um einen "erweiterten" Begriff der Marktkonformität, der vor allem die systemfördernden Krisenverhütungs- und Krisenüberwindungsmaßnahmen zum Inhalt hat. Nicht etwa geht es um die Vereinbarkeit gerade der einzelnen Maßnahme mit dem Funktionieren des Preismechanismus wie bei dem engeren und formalen Konformitätsbegriff der ordoliberalen Theorie. Wie soeben dargelegt, kann bei der Interpretation des § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG allein von Kriterien der "Systemkonformität" nicht ausgegangen werden.

b) Anknüpfung an den wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Marktkonformität

Auf den ordoliberalen Konformitätsbegriff bezieht sich RINCK [24], wenn er - im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 des Regierungsentwurfs zum WSG - ausführt, jede Wirtschaftslenkung sei marktgerecht, "die nur über den Preis wirkt" (ergänze: und nicht direkt auf den Preis).

---

22) So ISAY, FS Schmidt-Rimpler S. 412; skeptisch auch E.R. HUBER, DöV 1956, 206 - siehe aber gleich unten unter a).

23) Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 204.

24) Lehrb. Randn. 393.

Als Beispiele nennt RINCK Einfuhren, Steuervergünstigungen, Investitionskredite, Zinsverbilligungen, Frachtermäßigungen für standortungünstige Betriebe und andere Subventionen. Hierbei würden "lediglich die allgemeinen, für jedermann wirkenden Voraussetzungen oder Daten geändert" [25], "der Unternehmer bleibt in seinem Entschluß frei". Der Preismechanismus bliebe immer noch intakt und bestimme die Entschlüsse. RINCK meint weiter, daß ein ursprünglich marktgerechtes Mittel durch die Intensität seiner Anwendung nicht marktgerecht werden könne [26].

Eine zwar nicht ausdrückliche, aber sachlich ganz klare Bezugnahme auf MÜLLER-ARMACK findet sich bei RAU [27]. Sie steht allerdings nicht im Zusammenhang mit dem WSG oder seinen Vorläufern. Marktkonform sind nach RAU solche Maßnahmen, die den eigentlichen Marktablauf nicht stören und die Funktion der "variablen Preis- und Wertrechnung" nicht behindern [28]. Hiermit wird über eine Verrechtlichung des Begriffs nichts ausgesagt.

Fraglich ist, ob RINCK eine Verrechtlichung des Begriffs andeuten will, indem er auf die "Entschlußfreiheit" der Unternehmer Bezug nimmt und auch die "Intensität" des Mittels, also wohl seine Fernwirkungen, miteinbezieht. Der Zusammenhang der Ausführungen - "Marktgerechtigkeit" sei ein "wirtschaftspolitisch orientiertes Tatbestandsmerkmal" [29] - spricht klar dagegen. Die Entschlußfreiheit ist hier also als eine faktische verstanden, nicht als rechtlich geschützte Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gemeint. Eine solche "Verrechtlichung" der marktgerechten Wirtschaftslenkung ließe sich - wenn überhaupt - auch nicht nur unter Bezugnahme auf die unternehmerische Freiheit verstehen [30], sondern im Hinblick auf die Entfaltungsfreiheit aller Marktteilnehmer ("Marktfreiheit"

---

25) Diese Formulierung ist in ihrer Kürze problematisch: auch Preisfixierungen wirken für "jedermann", siehe oben S. 69 f.

26) Lehrb. Randn. 394.

27) DVBl. 1960, 338.

28) So MÜLLER-ARMACK, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft S. 93.

29) Lehrb. Randn. 394.

30) Gerade das läge auch nicht im Sinne RINCKS, vergl. die Ausführungen Lehrb. Rand. 93.

im Sinne von BALLERSTEDT [31]). Die Frage, ob es bei § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG wirklich auf die "Intensität" der Maßnahmen ankommt, ist noch zu prüfen. Vorerst sei darauf hingewiesen, daß der "formale" ordoliberale Konformitätsbegriff nur von der Qualität eines Mittels, nicht von der Quantität seines Einsatzes ausgeht [32].

c) Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip

Von manchen Autoren wird versucht, im Begriff "marktgerecht" oder in der Marktkonformität eine Ausprägung des Sbusidiaritätsprinzips zu sehen und die Begriffe damit zu Rechtsbegriffen zu machen [33], die dann auch außerhalb des WSG von Bedeutung wären.

Das Subsidiaritätsprinzip wird in verschiedenen Spielarten vertreten. Hierauf kann in Einzelheiten nicht eingegangen werden [34]. Ausgegangen werden soll von der kurzen Definition, die MAUNZ dem Prinzip gegeben hat [35]: das Prinzip bedeute den "Grundsatz des (ergänze: nur) ersatzweisen Beistandes der höheren Einheit, wenn die Kräfte der unteren Einheit nicht ausreichen" (ergänze: die Aufgaben zu bewältigen, die das Zusammenleben der Menschen stellt). Das Prinzip bedeutet damit eine "vertikale Gewaltenteilung" [36], eine vertikale Aufteilung der Kompetenzen zur Sozialgestaltung. Fraglich ist, wer dabei als möglicher Inhaber der Kompetenzen anzusehen ist, und wer über die Aufteilung der Kompetenzen zu entscheiden hat.

Nach der katholischen Soziallehre und ihrem "Naturrecht", von der das Subsidiaritätsprinzip im wesentlichen propagiert wird [37],

---

31) Wirtschaftsverfassungsrecht S. 66 ff.

32) Oben S. 66, 72.

33) E.R. HUBER, DöV 1956, 205. STERN, DöV 1961, 330 meint, nur unter dem Gesichtspunkt der "Subsidiarität" könne die Forderung nach Marktkonformität wirtschaftspolitischer Mittel einen juristischen Sinn erhalten, wobei auf § 1 Abs. 2 des WSG 1959 hingewiesen wird. Eine Verbindung von Marktkonformität und Subsidiaritätsprinzip findet sich auch bei NIPPERDEY. Darauf ist unten unter lit. d gesondert einzugehen.

34) Hierzu die unten S. 141 in Anm. 42 genannten Autoren.

35) Deutsches Staatsrecht S. 69.

36) SÜSTERHENN, FS Nawiasky S. 141 ff.

37) Besonders die Enzyklika "Quadragesimo anno" Papst Pius XI. vom

kommen als Träger einer originären Kompetenz zur Sozialgestaltung alle Glieder des Gemeinwesens in Betracht, beginnend mit dem einzelnen und seiner Familie, fortschreitend über die politische, aber auch die kirchliche Gemeinde, über die Kirche als ganzes, über gesellschaftliche Zusammenschlüsse wie berufsständische Organisationen, Kammern und Verbände, bis hin zum Staat, und zwar zunächst zum Teilstaat (Land) und dann zum Bundesstaat als "höchstem" Verband. Die Kompetenz des höchsten Verbandes steht dabei den Kompetenzen aller unter ihm stehenden Verbände nach, deren Kompetenzen wiederum denen der Familie und des einzelnen. Das Verhältnis der Verbände zueinander richtet sich jeweils nach ihrer "Menschennähe"[38] Das Prinzip hat dabei zwei Seiten. Es dient nicht nur der Legitimierung der Kompetenzübernahme durch den übergeordneten Verband, sondern hat auch die Pflicht dieses Verbandes zum Inhalt, der unter ihm stehenden gesellschaftlichen Einheit zu helfen (subsidium = Hilfe), ihre Leistungsfähigkeit wieder herzustellen, sie also in die Lage zu versetzen, die ihr zukommenden Aufgaben wieder aus eigener Kraft zu lösen [39]. Auf das Gebiet menschlichen Wirtschaftens übertragen würde das bedeuten [40]: der Staat hat die Wirtschaft von "unten nach oben" zu organisieren, ihre Selbstverwaltung vor allem durch korporative Ordnungen zu gewährleisten, er hat die wirtschaftliche Freiheit und Selbstverantwortung (diese als Kompetenz verstanden) des einzelnen Wirtschaftssubjekts, aber auch die der korporativen Ordnungen zu respektieren, bevor er selbst zu Mitteln der Wirtschaftslenkung greift. Er darf ferner solche Mittel, welche diese Freiheit und Selbstverantwortung beschneiden, erst anwenden, wenn er versucht hat, die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems mit Mitteln zu schützen, die keine die Kompetenz anderer einschränkende Wirkung haben. Hier liegt nur eine

---

15.5.1931; ferner MESSNER, Das Naturrecht S. 255 ff. Weitere Literaturnachweise bei HERZOG, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, aaO pass.

38) SÜSTERHENN, aaO S. 145.

39) SÜSTERHENN, aaO S. 147 m.w.N.

40) Vergl. MESSNER, Das Naturrecht S. 873 ff., 1018 ff., der dort (S. 1024 Anm. 1) eine liberale Wirtschaftsordnung ablehnt; dazu HÄTTICH, Wirtschaftsordnung und katholische Soziallehre pass.

sehr formale und auch nur teilweise Übereinstimmung mit dem System des Wettbewerbs und dem Prinzip der Marktkonformität vor. Denn der sehr wesentliche Unterschied liegt darin, daß das Subsidiaritätsprinzip auf den Menschen und Verbände von Menschen und deren Kompetenz, das Konformitätsprinzip primär auf den sachgesetzlichen Markt- und Preismechanismus bezogen ist. Schon aus diesem Grunde kann das Subsidiaritätsprinzip im eben geschilderten Sinne nicht zur Interpretation einer Vorschrift verwendet werden, mit welcher der Gesetzgeber an den ordoliberalen Begriff der Marktkonformität anknüpft. Eine liberale Theorie der Wirtschaftspolitik, sei sie heute "neoliberal" oder "ordoliberal", muß das Subsidiaritätsprinzip ablehnen, vor allem, weil mit der Anwendung dieses Prinzips in Gestalt berufsständischer Ordnungen, die mit Kompetenzen zur Wirtschaftslenkung ausgestattet sind, verbandsmäßige Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, die mit marktwirtschaftlichen Prinzipien unvereinbar sind [41].

Aber auch dann, wenn man einmal von der Interpretation des WSG absieht, kann ein "Rechtswert" wirtschaftslenkender Maßnahmen nicht unter Rückgriff auf das Subsidiaritätsprinzip begründet werden. Denn dem Prinzip ist in unserer staatsrechtlichen Ordnung keine positive Geltung verschafft worden, das Prinzip liegt dem GG auch nicht "mittelbar" zugrunde [42]. Es könnte daher zur Interpretation des allgemeinen Verfassungs- und des Wirtschaftsverwaltungsrechts nur von außen an die Rechtsordnung herangetragen werden. Das ver-

---

41) HENSEL, ORDO Bd. II S. 229 ff.; HÄTTICH, Wirtschaftsordnung und katholische Soziallehre S. 76 ff.; JÖHR, FS Messner S. 616 ff.

42) Überzeugend HERZOG, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, aaO S. 411 ff.; ferner LERCHE, Verfassungsfragen der Sozialhilfe usw. S. 27 m.w.N.; BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht S. 33. Gegen die Geltung des Subsidiaritätsprinzips als Rechtsprinzip schon NAWIASKY, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaus S. 118. Für eine unmittelbare Geltung des Prinzips im heutigen Recht haben sich u.a. ausgesprochen DÜRIG, JZ 1953, 193; v. MÜNCH, JZ 1960, 305; das Prinzip liegt dem GG "mittelbar" zugrunde nach MAUNZ, Deutsches Staatsrecht S. 69 und DÜRIG in Maunz-Dürig GG Art. 1 Abs. 1 Randn. 54; ähnlich auch MENGER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats usw. S. 28 und SÜSTERHENN, FS Nawiasky S. 149. Das BVerfG, E 10, 59, 83, dürfte eine positivrechtliche Geltung des Prinzips verneinen.

bietet sich nicht nur aus methodischen Gründen [43], sondern auch deswegen, weil des Subsidiaritätsprinzip durch die Begründung vielfältiger außer-staatlicher Kompetenzen der Integration von Staat und Gesellschaft entgegensteht. Auf der einen Seite kann es dazu herangezogen werden, pluralistische Tendenzen zu verfestigen und damit den Staat abzuwerten. Andrerseits kann es, weil es keine festen Kriterien für die Übernahme der Kompetenz durch einen "höheren" Verband kennt, eine dynamische Wirkung in Richtung auf einen autoritären Staat entfalten, dann nämlich, wenn - durch wen? - entschieden wird, alle Instanzen "unterhalb" des Staates und vor allem der einzelne Bürger seien nicht mehr in der Lage, ihre Aufgaben zu erfüllen [44]. Den "Rechtswert" einer wirtschaftlichen Maßnahme sollte man nicht danach beurteilen, von wem, in wessen Kompetenz, sie getroffen wird.

Nun kamm man einen Grundsatz der "Subsidiarität" auch anders als im eben geschilderten Sinne formulieren. Man kann von der grundsätzlichen, aber durch verfassungsmäßig garantierte Freiheitsrechte teils relativ (Gesetzes- und Verfassungsvorbehalte), teils absolut (Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG) begrenzten Allzuständigkeit des Staates ausgehen. "Subsidiarität" bedeutet denn lediglich, daß der Staat, will er die nach positivem Recht geschützte Freiheitssphäre beschneiden, an die Voraussetzungen gebunden ist, von denen die Verfassung die Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens abhängig gemacht hat. Zu diesen Voraussetzungen zählen unter anderem die rechtsstaatlichen Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit jeder freiheitseinschränkenden Staatstätigkeit. Wohl nur auf diese Grundsätze bezogen wird der Ausdruck "Subsidiarität" in der wirtschaftsrechtlichen Literatur häufiger verwendet, und zwar mit dem Blick auf die Begrenzungen des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) auf wirtschaftlichem Gebiet durch den Verfassungsvorbehalt der "verfassungsmäßigen Ordnung" [45]. Man sollte aber vielleicht besser den Ausdruck "Subsidi-

---

43) Vergl. oben S. 18 f. für die Auslegung mit Hilfe wirtschaftswissenschaftlicher "Modelle".

44) Vergl. HERZOG, aaO (Anm. 42) S. 417 ff.

45) RINCK, Lehrb. Randn. 95: "Die Freiheit des wirtschaftenden Bürgers darf nur beschränkt werden, wenn das vom Staat erstrebte Ziel anders nicht zu erreichen ist." In diesem Sinne schon früher HUBER, DöV 1956, 205, ihm folgend NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 60.

arität" hierfür vermeiden, um nicht eine unzutreffende Parallele zum nicht nur kompetenzbeschränkenden, sondern auch kompetenzverteilenden und -begründenden Subsidiaritätsprinzip im eigentlichen Sinne nahezulegen.

Zu fragen bleibt, ob der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" seinen rechtlichen Inhalt aus der grundgesetzlich gewährten allgemeinen Handlungsfreiheit empfangen kann. Der Begriff würde damit zu einem Rechtsbegriff, der auch außerhalb des WSG Bedeutung zu beanspruchen hätte. Dieser Ansicht ist NIPPERDEY, indem er die - wohlgemerkt nicht wirtschaftspolitische, sondern nach seiner Meinung vom GG gebotene - Folgerung zieht, daß die "notwendigen Eingriffe (ergänze: der staatlichen Wirtschaftslenkung) tunlichst durch 'marktgerechte Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft' - das ist die Formulierung des § 1 Abs. 2 des WSG 1956 ! [46] - vorzunehmen seien" [47]. Mit anderen Worten: § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG wiederhole nur, was von Verfassungs wegen ohnehin gelte [48].

d) "Marktgerechte Maßnahmen" und die "Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft" (NIPPERDEY)

NIPPERDEYS These ist: "Das Grundgesetz gewährleistet die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft" [49]. Die These wird auf induktivem Wege belegt [50]: das GG enthalte Normen und Verfassungsgrundsätze, die für den wirtschaftlichen Bereich - im Zusammenhang betrachtet - die soziale Marktwirtschaft konstituierten. Zunächst gewähre Art. 2 Abs. 1 als "Hauptfreiheitsrecht", als "Grundnorm" des Wirtschaftsverfassungsrechts, die allgemeine Handlungsfreiheit auch auf dem Gebiet des gewerblichen, des wirtschaft-

46) Oben S. 12.

47) Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 59.

48) Vergl. auch NIPPERDEY, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik S. 24 (für die Formulierungen des § 1 Abs. 2 WSG 1951); ferner ders., Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Handbuch der Grundrechte Bd. IV 2 S. 901/902.

49) Zuletzt: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 21. Nach dieser letzten Veröffentlichung wird im folgenden zitiert.

50) Auf den Begriff "Wirtschaftsverfassung" soll hier ebensowenig eingegangen werden wie auf die bisher gegen NIPPERDEY vorgebrachte Kritik; dazu BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, aaO S. 1 ff. und EHMKE, Wirtschaft und Verfassung S. 3 ff., jeweils m.w.N.

lichen Lebens, woraus die Garantie der "Freiheit des Wettbewerbs", der "Gewerbefreiheit im weiteren Sinne" ("Unternehmensfreiheit"), der "Konsumfreiheit" und der Vertragsfreiheit folge [51]. Hinzutreten die Grundrechte der Berufsfreiheit nach Art. 12, der Koalitionsfreiheit nach Art.9 und die Gewährleistung des Eigentums und des Erbrechts in Art. 14 [52]. Alle diese Freiheitsrechte erhalten nach NIPPERDEY ihr Gepräge und werden modifiziert durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1), das wesentlicher Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 sei [53]: wie die Freiheitsrechte zur Ablehnung eines totalen Staates, der grundsätzlich die Freiheit des einzelnen dem staatlichen Zwang unterordne, führen müsse, so folge aus dem Sozialstaatsprinzip die Ablehnung eines völlig liberalen Staates, in dem die unbeschränkte Freiheit des einzelnen zum Mißbrauch und zur Unterdrückung der Freiheit des anderen führen könne. Hiernach müsse eine mit dem GG übereinstimmende "Wirtschaftsverfassung" einerseits die Marktwirtschaft als wirtschaftliches Korrelat der menschlichen Freiheitsrechte gewährleisten und andererseits dem sozialstaatlichen Auftrag des GG genügen. Dies tut nach NIPPERDEY allein die "Wirtschaftsordnung" der "sozialen Marktwirtschaft", wie sie vom Ordoliberalismus (EUCKEN, RÖPKE, RÜSTOW, MÜLLER-ARMACK, BÖHM und anderen) entwickelt sei. Alle wesentlichen Elemente dieser Wirtschaftsordnung seien in der "Entscheidung" enthalten, die das GG in den genannten Grundrechten und Verfassungsgrundsätzen getroffen habe: "Dem freiheitlichen, sozialen Rechtsstaat entspricht notwendig und allein die soziale Marktwirtschaft. Sie ist institutionell garantiert" [54].

NIPPERDEY versteht "soziale Marktwirtschaft" damit als Rechtsbegriff, gleichrangig mit seinem Begriff "freiheitlich-sozialer Rechtsstaat". Hiergegen wäre an sich nichts einzuwenden, zumal sich NIPPERDEY bei seiner Interpretation der Grundrechte und Verfassungs-

---

51) aaO S. 28 ff.
52) aaO S. 46 ff.
53) aaO S. 56 ff.
54) aaO S. 64.

grundsätze - von Einzelheiten einmal abgesehen - teilweise auf gefestigte Ansichten des Schrifttums stützt. Unzulässig wäre es aber, wenn NIPPERDEY seinen induktiv gebildeten Begriff mit dem Begriff identifizieren würde, der die wirtschaftspolitische Konzeption - und es handelt sich hier wirtschaftswissenschaftlich gesehen um eine politische Konzeption [55] - der "sozialen Marktwirtschaft" bezeichnet. Denn damit würde implizit die Behauptung aufgestellt, daß von dieser wirtschaftspolitischen Konzeption und der sie tragenden Theorie der Wirtschaftspolitik deduktive Schlüsse für die Interpretation des GG gezogen werden könnten, in gleicher Weise, wie solche Schlüsse beispielsweise vom Rechtsstaatsprinzip her gezogen werden [56]; es würde die fatale Möglichkeit eröffnet, daß eine - zur Zeit des Inkrafttreten des GG außerdem stark umstrittene - wirtschaftspolitische Meinung und die hinter ihr stehende Theorie zur Lehrinstanz für den Verfassungsrichter würde. Die Nationalökonomie verlöre die ihr bei der Interpretation der Rechtsordnung allein gemäße Funktion einer Hilfswissenschaft [57]. Ob NIPPERDEY seinen Begriff der "sozialen Marktwirtschaft" wirklich mit der wirtschaftspolitischen Konzeption identifizieren will, ist jedoch nicht ganz klar. Er sagt selbst [58], die "Durchsetzung der sozialen Marktwirtschaft in der deutschen Praxis" sei "das Verdienst von Ludwig Erhard und Alfred Müller-Armack". Bedurfte es einer solchen Durchsetzung denn, wenn die "Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft" seit 1949 die vom GG gegebene war, und käme das Verdienst nicht dann dem Parlamentarischen Rat zu? - Wenn NIPPERDEY seinen Rechtsbegriff der "sozialen Marktwirtschaft" aber nicht mit dem wirtschaftspolitischen identifiziert, dann kann er lediglich dazu dienen, einen Oberbegriff für die nach dem GG zulässige Wirtschaftspolitik zu bilden und hat keine darüber hinausgehende Aussagekraft. Wirtschaftswissenschaftlich gesehen bleibt eine "mixed

---

55) MÜLLER-ARMACK, der den Begriff geprägt hat (ORDO Bd. I S. 150 ff.), versteht unter "sozialer Marktwirtschaft" eine "ordnungspolitische Idee (sic!), deren Ziel es ist, auf der Basis der Wettbewerbswirtschaft die freie Initiative mit einem gerade durch die marktwirtschaftliche Leistung gesicherten sozialen Fortschritt zu verbinden"(HdSW Bd. 9 S. 390).

56) Hierzu oben S. 17 ff.

57) Oben S. 22 f., 28 f.

58) aaO S. 19.

economy" mit überwiegend marktmäßiger Koordination im Regelfall und eingeschränkterer marktmäßiger Koordination in Krisenzeiten und zur Erreichung besonderer Ziele übrig [59]. Aus diesem Begriff einer "sozialen Marktwirtschaft" darf dann aber auch nicht geschlossen werden, daß der wirtschaftslenkende Staat, so wie es die ordoliberale Theorie für die Konzeption der "sozialen Marktwirtschaft" lehrt, nach dem GG stets den "marktgerechten Maßnahmen" den Vorzug vor den inkonformen zu geben hätte [60]. Eine solche Folgerung bedürfte vielmehr eines besonderen Nachweises. Man könnte daran denken, diesen Nachweis von Art. 2 Abs. 1 GG aus zu versuchen. Bevor hierauf weiter eingegangen wird, ist § 2 Abs. 1 Nr.2 WSG zunächst ohne Rückgriff auf das GG auszulegen.

Fortsetzung. Das Tatbestandsmerkmal "marktgerechte Maßnahmen"

Wie dargelegt [1], ist der Begriff der Marktkonformität nicht in seiner ganzen schillernden Breite, wie er sich aus der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion [2] ergibt, vom Gesetzgeber des WSG in den Begriff "marktgerechte Maßnahmen" übernommen worden. § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG knüpft nur an den ordoliberalen Konformitätsbegriff an. Lediglich ein Kernbereich des Begriffs ist für die Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 maßgeblich. Es kommt also nur auf die "potentielle Marktkonformität" an, auf die primären Wirkungen einer wirtschaftspolitischen Maßnahme auf den Marktmechanismus, die in der Regel durch ihren Ansatzpunkt im Datenkranz des Wirtschaftsprozesses gekennzeichnet ist [3]. Das ergibt sich auch aus folgenden Gründen.

Es wurde gesagt [4], daß sich die Fernwirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen nur sehr schwer und nicht hinreichend sicher

---

59) NIPPERDEY hat früher (1954, Die soziale Marktwirtschaft usw. S. 23) selbst gesagt, für seinen Begriff gelte der Grundsatz der "broad interpretation", dem einfachen Gesetzgeber sei die Kompetenz zu konzedieren, u.a. auch sachlich begründete Ausnahmen (sic!) zuzulassen – und N. meint mit "Ausnahmen" sicher keine Verfassungsverstöße.

60) Oben S. 52, 65 ff.

1) Oben S. 134 ff.

2) Oben S. 63 ff.

3) Oben S. 75 f.

4) Oben S. 74 f.

prognostizieren lassen, zumal schon die Analyse einer gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation, auf welche die Maßnahmen treffen, nicht leicht ist. Nun kann zwar unterstellt werden, daß die Bundesregierung und der Bundeswirtschaftsminister als Delegatare des WSG (§§ 5, 15) die notwendigen statistischen Unterlagen und auch die Sachkunde besitzen oder sich verschaffen können, die gesamtwirtschaftliche Situation stets einigermaßen sicher zu überblicken und die Wirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen im großen und ganzen zu übersehen. Für exakte Analysen und Prognosen sind aber schon der wissenschaftlichen Erkenntnis Grenzen gesetzt; mit Sicherheit dürfte es für die Fälle, in denen das WSG anzuwenden ist, an der hierfür nötigen Zeit fehlen. Nun ist es das erklärte Ziel des WSG, die Schnelligkeit und Promptheit staatlicher Wirtschaftslenkung nicht nur im Hinblick auf wirtschaftliche Krisen, sondern mehr noch unter dem politischen Gesichtspunkt der "Strategie der Abschreckung" [5] sicherzustellen. Gerade deswegen hat der Gesetzgeber ja die Form des "wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzes" gewählt. Aus der "Natur der Sache" folgt überdies, daß die Rechtzeitigkeit der staatlichen Reaktion für die Wirtschaftslenkung unabdingbar ist, sollen nicht durch verfehltes Zögern oder Experimentieren mit marktgerechten Maßnahmen die Ungleichgewichte im Wirtschaftsprozeß sich verschlimmern, mit dem einzigen Ergebnis, daß dann einschneidendere Lengungsmaßnahmen zu treffen wären als die, welche ursprünglich ausgereicht hätten. Ist es ohnehin schon nicht leicht zu entscheiden, ob im Einzelfall marktgerechte Maßnahmen die Zwecke der §§ 1 und 14 WSG erreichen können, so kann nach der ratio legis des WSG nicht angenommen werden, daß das Gesetz seine Anwendung noch weiter dadurch kompliziert, daß es dem Verordnungsgeber die Berücksichtigung aller Fernwirkungen der auf den ersten Blick marktgerechten Maßnahmen anlastet. Insofern liegt also eine "teleologische Umformung", eine "Verrechtlichung" des Begriffs vor, als sein Inhalt im Gesetz gegenüber der wirtschaftswissenschaftlichen Tragweite des Konformitätsproblems erheblich verkürzt ist.

Da es hiernach für die "Marktgerechtigkeit" im WSG nicht auf die Berücksichtigung der Fernwirkungen wirtschaftspolitischer Mittel ankommt, braucht auch nicht danach gefragt zu werden, mit welcher

---

5) Oben S. 9 ff.

"Intensität" von dem Mittel Gebrauch gemacht wird [6]. Schon RÖPKE und EUCKEN gehen bei ihrem Begriff letztlich von qualitativen, nicht von quantitativen Kriterien aus [7]. Die Frage der Intensität des Mitteleinsatzes ist von erheblicher Bedeutung für die Beurteilung der Systemkonformität [8], nicht aber dafür, ob die primären Wirkungen des Mittels den Preismechanismus in seiner Funktion behindern oder aufheben. Im übrigen wird das Kriterium der Intensität vor allem durch die zeitliche Dauer des Mitteleinsatzes zu bestimmen sein. Gerade diese läßt sich nun aber sehr schwer prognostizieren, weil sich der Tatbestand einer Versorgungskrise dadurch auszeichnet, daß nicht gesagt werden kann, wie die Entwicklung verlaufen wird, die Ungewißheit des Ausgangs macht das Typische, die "Natur der Sache" einer Krise aus [9]. Wie gesagt, gebietet es die ratio legis des WSG, den Verordnungsgeber von nur schwer oder auch gar nicht zu treffenden Zukunftsprognosen freizustellen. Subventionen zum Beispiel können infolge ihrer nach der zeitlichen Dauer zu beurteilenden "Intensität" einen erhaltungsinterventionistischen Effekt haben und dadurch systemwidrig werden. Wenn sie jedoch entweder vor der Preisbildung liegen (bei Übernahme des Schuldendienstes für Investitionskredite) oder dahinter (bei einer staatlichen Prämie pro abgesetzte Einheit eines Gutes), heben sie den Preismechanismus mit ihren primären Wirkungen keineswegs auf, stören oder deformieren ihn auch zunächst nicht, sind also im Sinne des WSG, trotz der in ihnen liegenden Tendenz zur Deformation des Marktmechanismus, noch "marktgerecht".

Damit wäre der unmittelbar aus dem WSG folgende Umfang der "Verrechtlichung" des Begriffs abgesteckt. Hiernach scheint es, als sei § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG durchaus vordergründig auf das Funktionieren eines technischen Mittels der Bedarfsdeckung, des Markt- und Preismechanismus, im Verhältnis Legislative - Exekutive bezogen. Die Fragestellung geht jedoch weiter [10].

---

6) a.A. RINCK, Lehrb. Randn. 393, vergl. oben S.

7) Oben S. 65 f., 68 ; RÖPKE: "Scheidelinie nicht nach den Kriterien des Maßes ... sondern nach der Qualität der Intervention selbst"; EUCKEN: "Beeinflussung nur der Daten".

8) Oben S. 76 f. mit den dortigen Anmerkungen.

9) Vergl. auch oben S. 114.

10) Oben S. 134.

Zunächst dient der Vorrang der marktgerechten Maßnahmen dem Schutz des einzelnen Marktteilnehmers dadurch, daß er die Exekutive an ein bestimmtes, dem Gesetzgeber vorschwebendes und von ihm seit vielen Jahren im großen und ganzen befolgtes wirtschaftspolitisches "Programm", die Konzeption ("ordnungspolitische Idee" [11]) der sozialen Marktwirtschaft, bindet. Der Exekutive wird durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG untersagt, ohne zwingende Gründe des Ermächtigungszwecks des WSG von dieser Konzeption auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft abzuweichen, also ein durch den bisherigen Weg der Gesetzgebung - weitgehende Aufhebung der Zwangswirtschaft, Erlaß eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen- geschaffenes System auf unberechenbare Weise zu ändern. Damit trägt der Gesetzgeber nicht nur der von den Wirtschaftswissenschaften [12] seit langem und nachdrücklich vorgetragenen Forderung nach Stetigkeit und Widerspruchsfreiheit der Wirtschaftspolitik Rechnung, sondern zugleich den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Berechenbarkeit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, die auch für eine Kursänderung der im Rahmen der Gesetze wirtschaftslenkenden Verwaltung gelten - der Gesetzgeber trägt einem Rechtsgebot nach Folgerichtigkeit [13], nach

---

11) Oben S. 145, Anm. 55.

12) MORGENSTERN, Die Grenzen der Wirtschaftspolitik S. 49; EULENBURG, Allgemeine Volkswirtschaftslehre S. 222; PÜTZ, Theorie S. 185; EUCKEN, ORDO Bd. II S. 46.

13) Der BGH hat wiederholt eine Selbstbindung der wirtschaftslenkenden Verwaltung angenommen und in der Verletzung dieser Selbstbindung eine Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) gesehen (u.a. Urt. v. 26.9.1960, NJW 1960, 2334; Urt. v. 27.4.1961, MDR 1961, 749; Urt. v. 21.12.1961, MDR 1962, 377; Urt. v. 10.1.1963, BB 1963, 246). Der BGH begründet das mit dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von "Treu und Glauben" und einer Argumentation aus der "Natur der Sache": "Soweit der Staat durch Lenkungsmaßnahmen Einfluß auf wirtschaftliche Vorgänge nimmt, ist er in diesen Maßnahmen nicht völlig frei, sondern es ergeben sich für ihn aus dem Sachgegenstand selbst, aus der "Natur der Sache" ohne weiteres Grenzen und Pflichten zur Rücksichtnahme. Neben der Pflicht, die Lenkungsmaßnahmen ihrem Umfang und ihrer - sachlichen und zeitlichen - Intensität nach auf das am Zweck der Maßnahme auszurichtende notwendige Maß zu beschränken ... haben die mit wirtschaftlichen Lenkungsmaßnahmen betrauten Stellen ebenso die Pflicht, eine in bestimmter Weise geplante und begonnene Maßnahme auch entsprechend durchzuführen und sich nicht zu dem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch zu setzen, wenn die gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen

"Strukturgerechtigkeit" [14] der Wirtschaftslenkung Rechnung. So wird das Vertrauen des Bürgers in eine gewisse Kontinuität der Wirtschaftslenkung geschützt, und ihm wird ein längerfristiges wirtschaftlichen Planen ermöglicht. Der Gesetzgeber legt die Exekutive mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG nun nicht nur auf eine Systemgerechtigkeit [15] ihrer Wirtschaftslenkung fest, sondern sagt auch, unter welchen Voraussetzungen ein Abrücken von der Linie einer weitgehend marktkonformen Lenkung zulässig sein soll. Es liegt damit eine Art von "Plangewährleistung" [16] in einem doppelten Sinne vor, weil zugleich mit der Statuierung des Vorrangs der marktgerechten Maßnahmen eine an Richtlinien gebundene Planänderung für gewisse, im "Programm" des WSG aufgezählte Fälle in Aussicht gestellt wird. Das WSG könnte man hiernach auch als ein "Plangesetz" bezeichnen, wobei die nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu stellenden Anforderungen nicht nur der Beachtung des - allerdings gerade durch Art. 80 modifizierten - Grundsatzes der Gewaltenteilung dienen, sondern auch dem Schutz des einzelnen wirtschaftenden Bürgers, indem durch "Inhalt, Zweck und Ausmaß" der Delegation gewährleistet wird, daß die Exekutive einen gewissen Plan innehält [17].

---

der Betroffenen es gebietet, das von diesen in den Bestand der Maßnahme geschützte Vertrauen zu schützen" (vergl. das o.a. Urt. v. 26.9.1960).

14) LERCHE, DöV 1961, 486 ff., 489.

15) Oben S. 137.

16) Der Ausdruck stammt von IPSEN (Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 11 S. 129: "Planende Wirtschaftsintervention führt zur Annahme einer Pflicht des Staates, gegenüber der von der Planung betroffenen und zu bestimmten Risiken veranlaßten Wirtschaft für eine Innehaltung, Durchführung und ordnungsgemäße Abwicklung des Planes einzustehen. Man mag das als eine Art 'Plangewährleistung" bezeichnen").

17) Ähnlich von SIMSON, Planänderung als Rechtsproblem, aaO S. 412. "Plangewährleistung" und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG sind aus demselben Grundsatz, nämlich dem Rechtsstaatsprinzip, zu erklären, vergl. zur "Plangewährleistung" IPSEN, Fragestellungen usw. aaO Randn. 104 und LERCHE, DöV 1961, 489, zu Art. 80 GG B. WOLFF, AöR Bd. 78 S. 204 f.

Allerdings dürfte ein Vorrang der marktgerechten Maßnahmen nur im Rahmen des WSG und nur für den Verordnungsgeber und die vollziehende Verwaltung im Sinne einer Art von "Plangewährleistung" von Bedeutung sein, nicht allgemein auch den Gesetzgeber an die - wenn auch seit Jahren befolgte - Konzeption der sozialen Marktwirtschaft binden. Indes soll dieser Frage, nämlich inwieweit sich ein "Plangewährleistungsanspruch" gegen den Gesetzgeber richten kann [18], hier nicht näher nachgegangen werden [19]. Bei ihrer Beantwortung wird der Konflikt zwischen der "einzigartigen Entscheidungsfreiheit und Legitimation des Gesetzgebers" (LERCHE [20]) einerseits, der "Notwendigkeit ..., das Vertrauen des Bürgers auf geltendes Recht zu schützen, das ihm ermöglicht, auf längere Zeit zu planen ..." (IPSEN [21]) andrerseits, weder einseitig zugunsten des ersten noch einseitig zugunsten des zweiten Gesichtspunkts entschieden werden können. Denn zieht man den Kreis "wohlerworbener Rechte" zu weit, so kann jede Parlamentsmehrheit die Opposition vor vollendete Tatsachen stellen, wodurch die demokratische Prozedur der Wahl um einen wesentlichen Teil ihres Sinnes gebracht würde; leugnet man die Möglichkeit solcher Rechte für das Gebiet der Wirtschaftslenkung auf der Ebene der Gesetzgebung schlechthin, so beeinträchtigt man die Basis, die ein marktwirtschaftliches System wegen der Notwendigkeit privatwirtschaftlichen Planens der "Natur der Sache" nach benötigt.

Schon so ist der Nachweis erbracht, daß § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG - ebenso wie § 2 Abs. 3 zweiter Halbsatz [22] - dem Schutz des einzelnen und nicht nur eines unpersonalen Marktmechanismus dient. Man könnte daran denken, ein solches Ergebnis auch noch unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 GG zu begründen. Die These müßte also lauten: der Vorrang marktgerechter Maßnahmen der Wirtschaftslenkung wird durch den Schutz gefordert, den die allgemeine Handlungsfreiheit der

---

18) Das BVerfG lehnt eine Bindung des Gesetzgebers durch das Prinzip der "Systemgerechtigkeit" ab, vergl. E 4, 7, 18; 7, 377, 400; 9, 3, 10; 9, 20, 28; wohl auch E 18, 315, 328.

19) Vergl. dazu die in Anm. 17 Genannten.

20) DöV 1961, 488.

21) aaO (Anm. 17).

22) Oben S. 133.

Person auch auf wirtschaftlichem Gebiet [23] genießt [24]. Diese These ist jedoch in ihrer absoluten Formulierung unrichtig. Das ergibt sich schon aus einigen einfachen Beispielen.

Im Sinne des ordoliberalen Konformitätsbegriffs kann ein numerus clausus, also die Schließung eines Marktes für neue Teilnehmer, durchaus marktgerecht sein, weil auch innerhalb eines geschlossenen Marktes ein konkurrenzwirtschaftlicher Preismechanismus funktionieren kann [25]. Es ist jedoch keine Rede davon, daß eine derartige Beschränkung des Zugangs zum Beruf die freie wirtschaftliche Initiative (Art. 12 GG als lex specialis und Art. 2 Abs. 1 GG als lex generalis) unberührt ließe [26]. Die nach RÖPKE [27] "giftigsten" Maßnahmen nichtkonformer Lenkung, nämlich dirigistische Maßnahmen auf dem Kapitalmarkt, auf dem Devisenmarkt und im Außenhandel, beeinflussen demgegenüber die Grundrechtssphäre in einem weitaus geringeren Maße [28]. Ein Ladenschlußgesetz, das nach RÖPKE [29] "völlig" konform ist, tangiert, wenn auch nicht in unzulässiger Weise, die Freiheit der Berufsausübung. Für die Konformität von Subventionen kommt es nicht darauf an, ob der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist oder nicht. Die Beispiele ließen sich vermehren. Abschließend sei lediglich auf die Problematik des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen hingewiesen. "Ohne jeden Zweifel" wäre ein sich jedem Erlaubnisvorbehalt verschließendes generelles Verbot wettbewerbsbeschränlender Abreden marktgerecht, ebenfalls eine Erdrosselungssteuer für alle privaten Monopole, wei-

---

23) Daß Art. 2 Abs. 1 die allgemeine Handlungsfreiheit auch auf wirtschaftlichem Gebiet schützt, ist heute allgemeine Meinung, vergl. z.B. E.R. HUBER, DöV 1956, 135 ff.; DÜRIG in Maunz-Dürig GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 43 ff.; v. MANGOLDT-KLEIN, GG Art. 2 Abs. 1 Anm. III 6 c; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 28; RINCK, Lehrb. Randn. 92; BVerfGE 8, 274, 328; 10, 89, 99; 12, 341, 347. Anderer Ansicht die "Personlichkeitskerntheorie", vergl. H. PETERS, FS Laun S. 673 f. und Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit usw., insb. S. 47 ff.

24) Diese These vertritt NIPPERDEY auch unabhängig von seiner Theorie der "Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft" (oben S. 143 ff.), vergl. Die Soz. Marktwirtschaft usw. S. 22.

25) BÄCHLE, Marktkonformität wirtschaftspolitischer Maßnahmen S. 32; EUCKEN, ORDO Bd. II S. 37.

26) BVerfGE 7, 377 ff.; 11,168, 183; 13, 97, 113 u.ö.

27) Gutachten S. 23.

28) BVerfGE 8, 274, 328 f. für Preisfixierungen sogar auf dem Binnenmarkt.

29) Gesellschaftskrises S. 260.

ter eine "Entflechtung" aller marktbeherrschenden Unternehmen, gekoppelt mit dem Gebot, andere Unternehmen nicht über eine bestimmte Größenklasse hinaus zu entwickeln. Marktgerecht wäre auch die Beseitigung des die Konzentration begünstigenden Patentrechts. Daß hier die Grenzen des verfassungsrechtlich nach Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 GG Zulässigen nicht nur berührt, sondern überschritten werden, braucht nicht näher dargelegt zu werden. Die "Konformität" zur Marktwirtschaft ist mit einer "Konformität" zu den Freiheitsrechten und der Eigentumsgarantie des GG nicht identisch. Der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" ist zugleich weiter und enger als insbesondere der der allgemeinen Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet, vor allem, wenn man auf die Produktions- und Marktverfassung (Ordnungspolitik) abstellt.

Hieran zeigt sich auch, daß die "marktgerechten Maßnahmen" - wie überhaupt jede wirtschaftspolitische Maßnahme - nicht einen Rechtswert "an sich" haben. Sie sind als technische Mittel einer bestimmten Koordination des Wirtschaftens zunächst einmal wertneutral [30]. Sie gewinnen einen Rechtswert aber nach Maßgabe dessen, was sie in der historischen Situation für Staat und Gesellschaft bewirken, also einerseits durch ihren materiellen Erfolg und andrerseits durch ihre Vereinbarkeit mit den tragenden Prinzipien der Rechtsordnung. Den wirtschaftspolitischen Maßnahmen wird ihr Rechtswert daher gewissermaßen nur vermittelt. Weder eine nur technische noch eine nur idealistische Betrachtung kann der Funktion dieser Maßnahmen in einem sozialen Rechtsstaat gerecht werden [31]. Hierfür sei noch ein letztes Beispiel gegeben. Ein Verbot (und die Auflösung) der Gewerkschaften wäre marktgerecht, weil es die Herstellung des Modells vollständiger Konkurrenz auch auf dem Arbeitsmarkt bezweckt - es wäre aber weder verfassungsrechtlich zulässig (Art. 9 GG), noch rechts- und sozialpolitisch tragbar.

Wie ausgeführt [32], betrifft das "Programm" der §§ 1 und 14 WSG

---

30) Die ordoliberale Theorie gesteht selbst zu, daß der Preismechanismus der vollständigen Konkurrenz aus sich selbst heraus denaturieren oder zu nach heute geltender Auffassung von sozialer Gerechtigkeit zu ungerechten Ergebnissen führen kann, vergl. oben S. 51.

31) Oben S. 101.

32) Oben S. 104 ff.

nur die Ablaufspolitik. Auch der Vorrang der marktgerechten Maßnahmen kann sich nur auf ablaufspolitische Mittel beziehen, weil auch insoweit die Exekutive über eine Maßnahmekompetenz auf ordnungspolitischem Gebiet nicht verfügen kann [33]. Die Diskrepanz zwischen der Marktkonformität und einer Konformität zur Verfassung und zum Recht besteht in erster Linie auf ordnungspolitischem Gebiet. Für die Ablaufspolitik läßt sich die Aussage treffen, daß marktgerechte Maßnahmen in einem überwiegend marktwirtschaftlich koordinierten System dann, wenn dieses System nicht durch Krisen bedroht ist oder vor besonderen Aufgaben steht - also in der Situation, auf die der Vorbehalt des § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG zugeschnitten ist - gegenüber den inkonformen Mitteln wenigstens in der Regel sowohl im Hinblick auf den ökonomischen Erfolg als auch im Hinblick auf die Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit den Vorzug verdienen. Denn die nicht mehr marktgerechte Lenkung besteht auf dem Gebiet der Ablaufspolitik in einer Fixierung der Mengen und Preise der Güter durch staatliche Ge- und Verbote, in Bewirtschaftungsmaßnahmen [34]. Marktgerechte Maßnahmen dagegen enthalten in der Regel keine Ge- und Verbote, obwohl hier Ausnahmen vor allem für das Gebiet der - marktgerechten - Lenkung durch die Steuerpolitik und die Wettbewerbspolitik zu machen sind.

Mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG schützt der Gesetzgeber somit durch die Statuierung des Vorrangs des unpersonalen Marktmechanismus mittelbar auch die Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte, obwohl, das sei noch einmal betont, der Begriff der "Marktkonformität" nicht mit dem der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit identisch ist. Eine solche "Verrechtlichung" des Begriffs liegt nicht vor. Art. 2 Abs. 1 GG ist zur Interpretation des § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG nicht heranzuziehen. Abschließend sei folgende Definition gegeben:

Marktgerecht im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG sind diejenigen Maßnahmen staatlicher Wirtschaftslenkung, welche die Mengen und Preise

---

33) Oben S. 94 ff.
34) Oben S. 122 ff.

der Güter und Leistungen lenken, ohne den als Tendenz in einer überwiegend marktwirtschaftlich koordinierten Wirtschaft vorhandenen konkurrenzwirtschaftlichen Preismechanismus mit ihren primären Wirkungen aufzuheben. Diese Maßnahmen beeinflussen die Möglichkeiten der Unternehmer und Verbraucher, über Mengen und Preise von Investition, Absatz und Verbrauch zu entscheiden, nicht durch unmittelbar hierauf bezogene Ge- und Verbote.

1. Ermächtigungen zu einer marktgerechten Wirtschaftslenkung (Beispiele)

Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten die Exekutive hat, um die Zwecke des WSG - Bedarfsdeckung für Aufgaben der Verteidigung und in Versorgungskrisen - mit marktgerechten Mitteln sicherzustellen. Ausgeklammert aus einer näheren Erörterung bleiben Maßnahmen der Ordnungspolitik und die Mittel der Sozialpolitik, der Gesundheitspolitik, der Förderung von Wissenschaft und Forschung und des Ausbildungswesens, die ebenfalls im Ergebnis der Produktivität der Wirtschaft zugute kommen. Alle diese sehr wichtigen Mittel können die für die Zwecke des WSG erforderlichen kurzfristigen Wirkungen nicht erreichen. Auf die Wirtschaftslenkung durch rechtzeitige Warnungen und Empfehlungen, deren Wirkung weitgehend von psychologischen Faktoren abhängt - so von einer allgemeinen Panikstimmung oder einer optimistischen Einschätzung der wirtschaftlichen Entwicklung, von einem Vertrauen auf oder Mißtrauen gegenüber der Sachkunde und Redlichkeit der Regierung - soll hier nur kurz hingewiesen sein. Diese Wirtschaftslenkung ist sicher marktgerecht.

1. Freihändiger Erwerb und freihändige Veräußerung von Gütern, Vorratshaltung

Soweit der Haushaltsplan hierfür Mittel bereit hält, könnte die Bundesregierung durch freihändigen Erwerb und die Einlagerung von erfahrungsgemäß sich leicht verknappenden Rohstoffen (Vorratshaltung) Vorsorge für die Bedarfsdeckung im Krisenfall betreiben.

Soweit bekannt, ist das im Augenblick auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft nicht der Fall. Ein anschauliches Beispiel bieten aber die in Westberlin vom Senat für den Fall einer Blockade der Zufahrtswege angelegten umfangreichen Vorratslager, vor allem von Kohle.

Die Vorratshaltung kommt überhaupt in erster Linie für Güter in Betracht, die importiert werden müssen und deren Anlieferung daher leicht Störungen ausgesetzt sein kann. Sie wird daher auf dem Gebiet der Ernährungswirtschaft von den Einfuhr- (und Vorrats-) stellen wahrgenommen. Als Anstalten des öffentlichen Rechts gehören diese Stellen zum Geschäftsbereich des Bundesministers für Ernährung. Sie unterstehen der Weisung des Ministers (§ 7 Getreidegesetz [1], § 15 Milch- und Fettgesetz [2], § 16 Vieh- und Fleischgesetz [3]). Nach § 8 Abs. 6 des Getreidegesetzes hat "die Einfuhr- und Vorratsstelle ferner die Aufgabe, je nach Marktlage unter Verwendung der im Haushalt bereitgestellten Mittel eine Vorratshaltung in Auslands- und Inlandsgetreide durchzuführen". Nach dem Milch- und Fettgesetz (§ 16 Abs. 6) und dem Vieh- und Fleischgesetz (§ 17 Abs. 5) bedarf die Vorratshaltung eines besonderen Auftrags durch den Minister. Auch hier setzen die in den Haushaltsplänen der Stellen veranschlagten Mittel der Lagerhaltung Grenzen.

Diese Maßnahmen der Vorratshaltung sind marktgerecht, neben den Einfuhren selbst überhaupt das wirksamste und am meisten marktgerechte Mittel der Vorsorge für Versorgungslücken. Eine Vorratshaltung in kriegswichtigen Rohstoffen wird daher auch in den USA in großem Umfang betrieben ("stock-piling" genannt). Hierbei ist es zugleich möglich, durch Ankauf bei einem Überangebot und sinkenden Preisen und Verkauf bei Versorgungslücken eine gewisse Marktpflege durchzuführen, die Preise zu stabilisieren und Spekulationsgewinne zu unterbinden, eine Aufgabe, die auch die Einfuhr- und Vorratsstellen der deutschen Ernährungswirtschaft zu erfüllen haben [4].

---

1) v. 4.11.1950 i.d.F. v. 2.8.1961 (BGBl. I S. 1168).
2) v. 10.12.1952 i.d.F. v. 28.10.1964 (BGBl. I S. 821).
3) v. 25.4.1951 i.d.F. v. 3.11.1964 (BGBl. I S. 829).
4) Vergl. RINCK, Lehrb. Randn. 456, 469.

Ob auch die Anordnung einer privaten Vorratshaltung marktgerecht ist, erscheint zweifelhaft. Wenn den privaten Unternehmen der Wirtschaft befohlen wird, bestimmte Mengen der von ihnen produzierten oder eingekauften Waren für eine bestimmte Zeit und auf eigene Kosten einzulagern, so bewirkt das eine empfindliche Verteuerung der Produktion und des Absatzes. Lagerräume müssen errichtet, die Vorräte müssen ausgetauscht (gewälzt) werden, im Warenlager selbst liegt Kapital zinslos fest. Man könnte nun versucht sein zu sagen, die damit geschaffenen Kostenfaktoren würden, ähnlich wie die Erhöhung einer gewinnunabhängigen Steuer oder eines Schutzzolls, als "Daten" assimiliert und beeinträchtigen deshalb das Funktionieren des Preismechanismus nicht. Indes ist diese Argumentation nicht richtig, denn die befohlene Vorratshaltung unterscheidet sich von der privaten in einem wesentlichen Moment: Freiwillig unterhält der Unternehmer Eigenvorräte (und nimmt deren Kosten in Kauf), um über sie unter Aufhebung ihres Vorratscharakters nach Belieben verfügen zu können [5]. Die Vorratshaltung wird gerade wegen dieser Dispositionsfreiheit betrieben. Eben diese Dispositionsfreiheit hat aber der Unternehmer bei der befohlenen Vorratshaltung nicht; der Staat behält sich vor, über die Freigabe der Vorräte zu entscheiden. Es werden hier also bestimmte Warenmengen zwangsweise vom Markt ferngehalten, das für die Preisbildung relevante Angebot wird durch hoheitliche Maßnahmen verringert. Damit handelt es sich bei der befohlenen Vorratshaltung um eine Mengenregulierung mit unmittelbarer Wirkung auf den Preismechanismus. Die befohlene Vorratshaltung ist nicht marktgerecht.

Für das Gebiet der gewerblichen Wirtschaft ist die Anordnung von Vorratshaltungen durch die Exekutive außerhalb des § 4 WSG nicht vorgesehen. Jedoch ist mit dem "Gesetz über die Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen" [6] eine Pflicht zur Vorratshaltung gesetzlich angeordnet. Nach § 2 des Gesetzes haben die Verarbeiter von ausländischem Rohöl und die Importeure von ausländischen flüssigen

5) Vergl. IPSEN, AöR Bd. 90 S. 423.

6) v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1217); dazu IPSEN, AöR Bd. 90 S. 393 ff., der das Gesetz, weil es dem Unternehmer die Dispositionsfreiheit über die Vorräte nimmt, ohne eine Entschädigung zu gewähren, für mit Art. 2 Abs. 1, 14 GG unvereinbar und daher verfassungswidrig hält.

Brennstoffen (Benzin, Flugkraftstoffe, Dieselkraftstoff, Petroleum und die verschiedenen Arten von Heizöl) als Mindestvorräte die Mengen zu halten, die sie im vorhergehenden Kalenderjahr durchschnittlich im Laufe von 45 Tagen als Fertigerzeugnisse importiert oder im Laufe von 65 Tagen aus eingeführtem Rohöl hergestellt haben. Die volle Vorratspflicht tritt allerdings nicht sofort ein, sondern in fünf Stufen bis zum Ende des Jahres 1970 (§ 21). Bedeutungsvoll für die Exekutive ist der § 8 des Gesetzes. Durch ihn wird der Bundesminister für Wirtschaft ermächtigt, "zum Zwecke der Verhütung unmittelbar drohender oder zur Behebung eingetretener Schwierigkeiten in der Energieversorgung zuzulassen, daß vorübergehend, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten, geringere Mengen an Erdölerzeugnissen als Vorrat gehalten werden, als nach diesem Gesetz vorgeschrieben ist". Mit Zustimmung des Bundesrates kann die Frist über sechs Monate hinaus verlängert werden (§ 8 Abs. 2). Die Lockerung einmal angeordneter Vorratshaltungen ist nun ohne Zweifel eine marktgerechte Maßnahme, die geeignet ist, Schwierigkeiten bei der durch die Zielformeln der §§ 1 und 14 WSG umschriebenen Bedarfsdeckung zu beheben oder zu lindern. § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG schreibt mithin für das Gebiet der Versorgung mit flüssigen mineralischen Brennstoffen vor, daß zunächst die nach § 8 des Gesetzes über die Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen gegebenen Möglichkeiten ausgeschöpft werden, bevor von den Ermächtigungen der §§ 1 und 14 WSG Gebrauch gemacht wird.

2. Subventionen

Subventionen, so wurde bereits gesagt, sind mit ihren primären Wirkungen auf den Marktmechanismus als marktgerecht zu erachten [7]. Sie können in offener oder versteckter Form gegeben werden [8]. Für die kurzfristige Überwindung von Krisen ist besonders eine Art von

---

7) Oben S. 148; siehe auch die oben S. 47 f. mitgeteilten Beispiele MÜLLER-ARMACKS.

8) Auf die vielfältigen wirtschaftlichen Probleme der Subventionen kann hier ebensowenig eingegangen werden wie auf die Rechtsfragen der Subventionierung, vergl. dazu MEINHOLD, HdSW Bd. 10 S. 236 ff. und von juristischer Seite RINCK, Lehrb. § 8 und die dort genannte Literatur.

Subventionierung von Bedeutung, die im Zusammenhang mit der öffentlichen Vorratshaltung steht. Hier kann die Exekutive die am freien Markt zum Zwecke der Vorsorge aufgenommenen Güter auch unter Selbstkosten veräußern, um einer allgemeinen Verteuerung der Güter vorzubeugen [9]. Auch andere indirekte Subventionierungen, vor allem mit Mitteln der Steuerpolitik (Schaffung von Steuerpräferenzen für bestimmte Wirtschaftsbereiche oder Abbau diskriminierender Belastungen), können zu einer Besserung der Versorgung beitragen. Auf dem Gebiet der Steuerpolitik stehen der Exekutive allerdings keine besonderen Möglichkeiten offen, da die Art der Steuern und die Höhe der Steuersätze vom Gesetzgeber beschlossen werden müssen.

Direkte Subventionen durch Hingabe staatlicher Geldmittel ohne marktmäßige Gegenleistung kann die Bundesregierung im Rahmen des Haushaltsplanes, also ohne besonderes Gesetz [10] gewähren. Mit ihnen kann ebenfalls eine kurzfristige Verbesserung der Versorgungslage erreicht werden. Steigt beispielsweise der Weltmarktpreis für lebenswichtige Rohstoffe, so könnte die Bundesregierung - soweit im Etat hierfür Geldmittel bereitstehen- anstatt Höchstpreise festzusetzen und den Verarbeitern die Rohstoffe in Kontingenten zuzuteilen, den Importeuren Zuschüsse auf den Importpreis zahlen. So könnten die Produzenten etwa zum bisherigen Preis einkaufen, produzieren und liefern. Ob bei einer weltweiten und ernsten Verknappung der Rohstoffe mit derartigen Mitteln viel auszurichten ist, erscheint allerdings zweifelhaft, weil auch andere Volkswirtschaften die Möglichkeit haben, auf eben diese Weise, nämlich mit hohen und subventionierten Preisen, die Güter in ihren Bereich zu ziehen. Für eine Bedarfsdeckung auf lange Sicht können aber volkswirtschaftlich bedeutsame inländische Industrien durch Subventionen, vor allem zur Rationalisierung, über temporäre Krisen hinweg lebensfähig erhalten werden. Für die kurzfristige Schließung von Versorgungslücken dürfte dem Mittel der Subventionen insgesamt keine besondere Bedeutung zukommen [11].

---

9) Beispiele bei RINCK, Lehrb. Randn. 356.

10) So die Rspr., vergl. BVerfGE 8, 155, 167; BVerwGE 6, 282, 287; RINCK, Lehrb. Randn. 360; anders die hM in der Lit., Nachweise bei RINCK, aaO.

11) Zum Ganzen MEINHOLD, HdSW Bd. 10 S. 236 ff.

3. Außenhandel, insbesondere Einfuhren

Bei einer Rohstoff- und Güterverknappung auf dem Binnenmarkt ist das marktgerechteste Mittel zur Sicherstellung des Bedarfs ohne Zweifel eine Steigerung der Einfuhren. Das kam im Wortlaut der WSG von 1951, 1956 und 1959 klar zum Ausdruck [12] ("... durch - andere - marktgerechte Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft ... insbesondere durch Einfuhren ...", siehe die jeweiligen §§ 1 Abs. 2 der Gesetze). Soweit der Außenhandel liberalisiert ist, wird die Bundesregierung durch § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 14 WSG besonders auf die Möglichkeit verwiesen, noch bestehende Einfuhrzölle zu senken oder abzuschaffen, um so die Einfuhren zu verbilligen. Die Ermächtigung, dergleichen durch Rechtsverordnungen anzuordnen, ist im Zollgesetz [13] enthalten. Allerdings ist die Bundesregierung an die Zustimmung des Bundestages gebunden. Vor allem § 77 Abs. 1 des Zollgesetzes ermächtigt dazu, "aus wirtschaftlichen Gründen Zollsätze des Zolltarifs [14] (zu) ermäßigen oder aufzuheben". Soweit die Einfuhr nicht liberalisiert ist, hat die Bundesregierung die Möglichkeit, die auf Grund der §§ 2 ff., 14, 27 des Außenwirtschaftsgesetzes [15] erlassenen und die Einfuhr beschränkenden Rechtsverordnungen wieder aufzuheben.

Wenn zur Ermöglichung von Einfuhren aus Staaten, die ihren Außenhandelt nicht liberalisiert haben, bilaterale Handelsverträge abgeschlossen werden müssen, kann die Bundesregierung über das Auswärtige Amt hierzu die Initiative ergreifen. Der Bundestag hat dann dem Vertragsschluß durch Bundesgesetz zuzustimmen, Art. 59 Abs. 2 GG. Naturgemäß beansprucht das Zustandekommen dieser Verträge Zeit und hängt nicht nur von der wirtschaftlichen, sondern mehr noch von der politischen Lage ab. Wichtig für die Bedarfsdeckung in Versorgungskrisen ist aber die Ausnutzung der Spielräume, die sich die Handelsvertragspartner regelmäßig einzuräumen pflegen.

---

12) Jetzt nur noch in § 14 WSG, nicht in § 2 Abs. 1 Nr. 2.

13) v. 14.6.1961 i.d.F. v. 9.9.1964 (BGBl. I S. 805).

14) "Deutscher Zolltarif", durch die ZolltarifsVO v. 21.12.1961 (BGBl. I S. 683) in Kraft gesetzt, abgedruckt im Anlagenband zum BGBl. Teil II von 1961.

15) v. 28.4.1961 (BGBl. I S. 481) mit vielen Änderungen.

4. Maßnahmen der Bundesbank

Wirtschaftslenkende Maßnahmen der Bundesbank können nicht mehr zu den Möglichkeiten der Bundesregierung, die Wirtschaft zu beeinflussen, gerechnet werden. Die Bundesbank ist nach dem Bundesbankgesetz [16] von Weisungen der Bundesregierung unabhängig (§ 12 des Gesetzes). Gleichwohl werden Bundesregierung und Bundesbank um Zusammenarbeit bemüht sein.

Der Bundesbank obliegt unter anderem die Aufgabe, "mit Hilfe der währungspolitischen Befugnisse ... den Geldumlauf und die Kreditversorgung der Wirtschaft mit dem Ziel, die Währung zu sichern", zu regeln (§ 3). Die klassischen Mittel der Bank sind die Diskont- und Offen-Markt-Politik und die Mindestreservenpolitik (§§ 15, 19, 21, 16 des Bundesbankgesetzes). Bei der Diskont- und Offen-Markt-Politik (§§ 15, 19, 21) tritt die Bundesbank als Teilnehmer des Geld- und Kapitalmarktes auf, indem sie, allerdings nur von den Geschäftsbanken, nicht von privaten Einzelpersonen, Handelswechsel, Schatzanweisungen und Schatzwechsel sowie Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften oder Institute, oder andere im Bundesbankgesetz genannte Wertpapiere ankauft oder veräußert. Sowohl mit dem Umfang der hereingenommenen Papiere als auch mit dem dabei für den hingegebenen Kredit verlangten Zins (Diskontsatz) kann die Bank die Menge von Geld und Kredit, das allgemeine Zins- und Preisniveau, die Menge der Investitionen, den Abfluß oder Zufluß von ausländischen Geldern (Devisen) und damit die Zahlungsbilanz beeinflussen. Man wird diese beiden Mittel auf jeden Fall als marktgerecht im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG bezeichnen können. Gleiches dürfte auch von der Mindestreservenpolitik gelten. Zwar wird hier die "Bank der Banken" nicht mehr als Marktteilnehmer, sondern mit Sanktionsmöglichkeiten (Strafzinsen, Meldung an die Behörden der Bankenaufsicht) ausgestattete Befehlsstelle tätig, indem sie den Geschäftsbanken vorschreibt, welchen Prozentsatz ihres Bestandes an kurz- (bis zu 30 %), an mittel- und langfristigen Einlagen (bis zu 20 %) und Spareinlagen (bis zu 10 %) sie als Reserven zur Sicherstellung ihrer Liquidität bei der Bundesbank als ständiges, unverzinsliches Guthaben zu halten haben. Hiermit

16) v. 26.7.1957 (BGBl. I S. 745).

hat die Bundesbank die Möglichkeit, Geld zwangsweise aus dem Verkehr zu ziehen, indem der Geldumlauf in der Volkswirtschaft dadurch verkleinert wird, daß es den Geschäftsbanken erschwert wird, Kredite zu geben (Kreditrestriktion). So werden die Investitionstätigkeiten eingeschränkt und Überhitzungen der Konjunktur gebremst. Die Mengen und Preise der Güter werden jedoch nicht unmittelbar fixiert, auch bleiben die Kredite in der Festlegung der Zinssätze rechtlich frei. Es tritt lediglich eine faktische Begrenzung der Entschlußfreiheit der Unternehmer durch die Einengung des kreditpolitischen Spielraums und eine Verteuerung des Kredits und damit der Investitionen ein. Dieses klassische Mittel der Zentralbank, das ebenso wie die Diskont- und Offen-Markt-Politik auch zur Kreditexpansion eingesetzt werden kann, ist also ebenfalls marktgerecht im Sinne des WSG.

Im einzelnen soll auf die vielfältigen und teilweise durchaus zweischneidigen Wirkungen dieser währungspolitischen Mittel nicht weiter eingegangen werden. Die Wirkungen hängen auch weitgehend mit dem finanzpolitischen Gebaren der öffentlichen Haushalte zusammen, beispielsweise wenn Kreditrestriktionen der Bundesbank mit einem deficit-spending der Bundesregierung zusammentreffen.

Das Instrumentarium der Bundesbank soll über die Sicherung der Währungsstabilität und die Versorgung der Wirtschaft mit Geld und Kredit mittelbar auch der Gewährleistung der gesamtwirtschaftlichen Produktion und Produktionsfähigkeit und damit letztlich der Bedarfsdeckung dienen. Die Maßnahmen haben jedoch einen spezifisch konjunkturpolitischen und damit hinsichtlich der Versorgung mit Gütern präventiven Charakter. Sie setzen stets bei der makroökonomischen Ablaufspolitik an. Es erscheint zweifelhaft, ob mit ihnen unmittelbar bevorstehende oder gar schon eingetretene Versorgungslücken auf der Güterseite wirksam bekämpft werden können. Die Mangellagen, die das WSG im Auge hat, werden meist daraus entstehen, daß ausländische Rohstofflieferanten ausfallen, während die inländische Wirtschaft an sich gesund ist. Entscheidende Bedeutung haben die Maßnahmen der Bundesbank aber im Rahmen der Zwecke des § 1 Abs. 2 WSG (Sicherstellung von Leistungen des Geld- und Kapitalverkehrs). Hier haben die Instrumente der Bundesbank als marktgerechte Maßnahmen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 WSG sicherlich den Vorrang

vor den der Bundesregierung mit § 1 Abs. 2 WSG eingeräumten, viel einschneidenderen Maßnahmen zur Geld- und Kapitallenkung. Allerdings fehlt der Bundesregierung für diese marktgerechten Mittel die Kompetenz [17].

12. Die Verfassungsmäßigkeit des WSG

1. Die Verfassungsmäßigkeit nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Nachdem die Grundsätze für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetzen allgemein [1] und Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungen des WSG im besonderen [2] dargelegt sind, kann die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des WSG nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG beantwortet werden. Es wurde gesagt, daß wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetze im Hinblick auf die Bestimmtheit von Zweck, Inhalt und Ausmaß der Ermächtigung drei Anforderungen zu genügen hätten: sie sollten (1) nur die Ablaufspolitik betreffen, (2) einen Hinweis auf eine ordnungspolitische Vorentscheidung enthalten und (3) die auf Grund der Ermächtigungen zugelassenen Regelungen zeitlich befristen oder in gewissem Umfang an die nachträgliche Zustimmung des Gesetzgebers binden, um diesem die Billigung oder Abwehr der in der "Natur der Sache" liegenden Transformationseffekte zu ermöglichen.

Diesen Anforderungen entspricht das WSG. Sein "Programm" im Sinne des Art. 80 GG ist die Bedarfsdeckung mit administrativen Mitteln durch Regulierungen der Mengen der sächlichen Produktionsmittel und der Mengen der Erzeugnisse der gewerblichen Wirtschaft sowie bestimmter Werkleistungen. Es handelt sich hierbei durchweg um

---

17) Der Entwurf eines "Gesetzes zur Förderung der wirtschaftlichen Stabilität" (Regierungsentwurf v. 2.9.1966, BT-Drucks. V/890) wird der Bundesregierung auf dem Gebiet der makroökonomischen Wirtschaftslenkung Ermächtigungen geben, die Finanzpolitik der Länder und Gemeinden im Sinne eines antizyklischen Verhaltens zu beeinflussen. Die Bundesbank erhält ein neues Instrument zur Begrenzung des Kreditvolumens (§ 20 des Entwurfs): Sie kann den Kreditinstituten die Gesamthöhe der von ihnen gewährten Kredite vorschreiben.

1) Oben S. 91 ff.

2) Oben S. 104 ff., 117 ff.

mikroökonomische Mengenregulierungen, also die Ablaufspolitik. Auch § 1 Abs. 2 WSG betrifft die - allerdings makroökonomische - Ablaufspolitik. Die Ermächtigung der Nr. 10 des Katalogs des § 1 Abs. 1 Satz 1 WSG ist im Hinblick auf diese Zielformel des WSG - die Lenkung mit mikroökonomischen und makroökonomischen Mitteln der Ablaufspolitik zur Sicherstellung des Verteidigungsbedarfs und des Bedarfs in einer Versorgungskrise - restriktiv auszulegen [3]. Zu einer ordnungspolitischen Umgestaltung ermächtigt das WSG nicht.

Denn der Hinweis auf eine ordnungspolitische Vorentscheidung des Gesetzgebers erfolgt mit der Statuierung des Vorrangs der marktgerechten Maßnahmen in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 14 WSG. Der Begriff "marktgerechte Maßnahmen" läßt sich, wie gezeigt wurde [4], mit einem Rückgriff auf die Theorie der Wirtschaftspolitik und unter Beachtung der "Natur der Sache" näher umschreiben und mit einem juristischen Inhalt füllen. Mit ihm wird der Verordnungsgeber auf die Innehaltung der wirtschaftspolitischen Konzeption des Gesetzgebers, der ordnungspolitischen Idee der sozialen Marktwirtschaft verpflichtet. Es ist nicht das "Programm" der Ermächtigungen des WSG, dem Verordnungsgeber eine ordnungspolitische Umgestaltung der heute überwiegend marktwirtschaftlich koordinierten westdeutschen gewerblichen Wirtschaft in ein System mit überwiegend verwaltungsmäßiger Koordination anheimzustellen. Die Kompetenz hierzu verbleibt beim Gesetzgeber, die mit dem WSG institutionalisierte Maßnahmekompetenz der Exekutive ist richtliniengebunden. Der Exekutive steht auch eine Reihe von Möglichkeiten zur Verfügung, zur Sicherstellung der Bedarfsdeckung eine marktgerechte Wirtschaftslenkung zu betreiben, so daß der Vorrang der marktgerechten Maßnahmen durchaus eine praktische Bedeutung und nicht nur den Wert eines Lippenbekenntnisses des Gesetzgebers hat. Über diese Funktion hinaus, die Maßnahmekompetenz der Exekutive im Verhältnis zur Legislative einzugrenzen, dient § 2 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 WSG mittelbar dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer.

---

3) Oben S. 126 ff.

4) Oben S. 65 ff., 146 ff.

Die Bindung des Verordnungsgebers an die ordnungspolitische Konzeption des Gesetzgebers wäre allerdings nur sehr unvollkommen, wenn das WSG der Legislative nicht die Möglichkeit einräumen würde, jederzeit die Aufhebung der Rechtsverordnungen der Bundesregierung oder des Bundesministers für Wirtschaft durch Beschlüsse von Bundestag und Bundesrat zu verlangen, §§ 7 Abs. 2 Satz 2, 15 Abs. 3 WSG. Mit einer Aufhebung dieser Rechtsverordnungen würden gleichzeitig auch alle Verordnungen der Subdelegatare (Landesregierungen, Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft, §§ 5 Abs. 3, 15 Abs. 1 Satz 3 WSG) außer Kraft treten, §§ 7 Abs. 3, 15 Abs. 3 WSG. Mit dieser parlamentarischen Kontrolle der Verordnungsgeber ist gewährleistet, daß die Entscheidung über die Transformationseffekte der nichtmarktgerechten Maßnahmen nach dem WSG letztlich der Exekutive entzogen ist. Vorsorglich bestimmen §§ 6 Abs. 1, 15 Abs. 2 WSG, daß Rechtsverordnungen zur Bedarfsdeckung nach § 1 von einer Geltungsdauer von über sechs Monaten an, und daß Rechtsverordnungen zur Bedarfsdeckung nach § 14 von einer Geltungsdauer von über zwei Monaten an der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Rechtsverordnungen nach § 14 WSG bedürfen darüber hinaus nach einem Jahr der Zustimmung des Bundestages, § 15 Abs. 2 Satz 3 WSG. Diese Zustimmungserfordernisse entfallen allerdings nach Eintritt des Verteidigungsfalles und in ernsten politischen Krisen, §§ 6 Abs. 2, 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 2 WSG. Hiervon wird aber die parlamentarische Kontrolle nach § 7 Abs. 2 Satz 1 WSG nicht berührt. Im übrigen liegt die Feststellung des Verteidigungsfalles nach Art. 59 a GG beim Bundestag. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 zweiter Halbsatz des WSG haben Bundestag und Bundesrat das Recht, die Aufhebung der Feststellung der Bundesregierung zu verlangen, daß in ernsten politischen Krisen Maßnahmen nach dem WSG zur beschleunigten Herstellung der Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik erforderlich seien. Die Maßnahmekompetenz der Bundesregierung nach dem WSG ist also nicht nur richtliniengebunden, sondern durch die Legislative frei widerruflich. Macht die Legislative von ihren Kontroll- und Widerrufsmöglichkeiten keinen Gebrauch, so billigt sie damit stillschweigend das Handeln des Verordnungsgebers. Für die Verfassungsmäßigkeit des WSG reicht aber die Einräumung der umfassenden Kontroll- und Widerrufsmöglichkeiten aus.

Ist der Vorrang der Marktwirtschaft gewissermaßen die Präambel des WSG, so wird hierdurch zugleich generell Zweck, Inhalt und Ausmaß der einzelnen Ermächtigungen des Gesetzes bestimmt. Das geschieht in eindeutigerer Weise im Gesetz selbst, als es bei den Ermächtigungsgesetzen der Vergangenheit, insbesondere auch beim bizonalen Preisgesetz [5] der Fall war. Beim bizonalen Preisgesetz hat das Bundesverfassungsgericht [6] erst mühselig und teilweise auch gewaltsam [7] eine klare Zielformel und die Bezugnahme auf ordnungspolitische Vorstellungen herausarbeiten müssen. Bezeichnend ist vielleicht, daß das Gericht in diesem Zusammenhang die in ihren Grundzügen den jetzigen § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2, § 2 Abs. 1 und Abs. 3, § 14 WSG entsprechenden Formulierungen des § 1 WSG 1956 als im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gelungene ("präzisere") Umschreibung des "Programms" des Ermächtigungsgesetzes bezeichnet hat [8]. Schon deshalb ist nicht anzunehmen, daß das Bundesverfassungsgericht, sollte es zur verfassungsgerichtlichen Prüfung des WSG 1965 angerufen werden, das Gesetz auf Grund des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 pauschal für verfassungswidrig erklären würde. Der Nachweis dürfte auch gelungen sein, daß die Begriffe "Verteidigung", "Versorgungskrise", "Gefährdung des Bedarfs", "ausreichende Versorgung", "marktgerechte Maßnahmen" der näheren Erläuterung und Begrenzung fähig sind. Im Grundsätzlichen ist daher gegen die Verfassungsmäßigkeit des WSG unter dem Gesichtspunkt der Bestimmbarkeit von "Inhalt, Zweck und Ausmaß" der Ermächtigungen nichts zu erinnern [9]. Vor allem ist die Zielformel des § 14 WSG einer präziseren Umschreibung, als sie das Gesetz getroffen hat, nicht fähig, will man nicht die aus der "Natur der Sache" folgende Notwendigkeit mißachten, schon den Anfängen einer aus einer Versorgungskrise sich ergebenden verhängnisvollen wirtschaftlichen Entwicklung zu wehren und damit im Ergebnis sogar zu vermeiden, besonders einschneidende Maßnahmen treffen zu müssen. Allgemein kann man sagen, daß es, wenn die Ziel-

---

5) v. 10.4.1948 (WiGBl. S. 27).

6) BVerfGE 8, 274 ff.

7) RIDDER, AöR Bd. 87 S. 311 ff., 323.

8) BVerfGE 8, 274 ff., 311.

9) Übereinstimmend, und zwar für die Verfassungsmäßigkeit des im ganzen gesehen noch weiter gefaßten und unpräziseren Regierungsentwurfs (BT-Drucks. IV/892, vergl. oben S. 10 f.), RINCK, Lehrb. Randn. 387; ferner EVERS, JZ 1964, 697 ff., allerdings (S. 702 f.)

formel einer Ermächtigung eine ordnungssichernde Funktion hinreichend erkennen läßt und gerade auch hierdurch Inhalt und Ausmaß der zugelassenen Regelungen bestimmbar sind, wenig sinnvoll erscheint, weitere und hochgeschraubte Anforderungen an den Wortlaut der Zielformel zu stellen. Jedermann erwartet von der Exekutive, daß sie in Krisenzeiten die Gesamtwirtschaft vor Schaden bewahrt. Nicht zuletzt erwarten das die von den Lenkungsmaßnahmen Betroffenen selbst.

Fraglich kann nur sein, ob jede der in den zehn Nummern des § 1 Abs. 1 Satz 1 WSG enthaltenen Ermächtigungen je für sich den Erfordernissen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügt. Aber auch das dürfte zu bejahen sein. Ablaufspolitische, warenorientierte Bewirtschaftungsmaßnahmen, die in ihren Erscheinungsformen aus der Zeit der beiden großen Kriege und der Nachkriegszeit hinreichend bekannt sind, brauchen nicht näher definiert zu werden, als es in den Nummern 1 bis 9 des Katalogs des § 1 WSG geschehen ist [10]. Das gilt auch für die makroökonomischen Maßnahmen nach § 1 Abs. 2 WSG. Keineswegs läßt sich einwenden - so aber HAMANN in seiner Kritik der Sicherstellungsgesetze von 1951 und 1956 [11] - Begriffe wie beispielsweise "Herstellung", "Lieferung", "Vorratshaltung", "Bezug", "Verwendung" und andere mehr seien deswegen zu unbestimmt nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, weil sie gestatteten, Rechtsverordnungen "von genau entgegengesetztem Inhalt", "von entgegengesetzter Tendenz" (so HAMANN), nämlich mit Gebots- und Verbotscharakter, zu erlassen. Denn erstens umfaßt die Wendung "Vorschriften über" in §§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 2 Abs. 2 Nr. 1, 4, 14 Abs. 1 Nr. 2 WSG begrifflich ganz klar sowohl Gebote als auch Verbote. Zum zweiten ist die Tendenz der Vorschriften stets dieselbe und nicht irgendwie "entgegengesetzt"; denn die Gebote und Verbote nach dem WSG haben immer der Bedarfsdeckung im Rahmen der Zielformeln der §§ 1 und 14 des Gesetzes zu dienen. Das Ausmaß aller auf Grund der Ermächtigungen des WSG ergehender Vorschriften, auch die Maßstäbe

---

mit Bedenken gegenüber § 14 (§ 2 des Entw.). Der Entw. wurde pauschal für verfassungswidrig gehalten von RIDDER und STEIN, Der permanente Notstand S. 24 ff.; dagegen schon zutreffend EVERS, aaO.

10) Übereinstimmend RINCK und wohl auch EVERS, beide aaO (Anm. 9).

11) Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 38; BB 1957, 96.

für eventuell festzusetzende Kontingente, wird durch die Richtlinien des § 2 WSG näher konkretisiert, so daß auch insoweit keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des WSG bestehen.

Zweifelhaft könnte lediglich sein, ob die Ermächtigung der Nr. 10 des Katalogs des § 1 Abs. 1 Satz 1 WSG nicht zu unbestimmt gefaßt und daher verfassungswidrig ist. Die Ermächtigung scheint auf den ersten Blick Regelungen von erheblicher ordnungspolitischer Tragweite durch den Verordnungsgeber möglich zu machen. Es ist nicht zu verhehlen, daß hieraus Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift herzuleiten sind. Das Bemühen des Interpreten und Anwenders der Vorschrift hat daher einer restriktiven Auslegung zu gelten. Ein dahingehender Versuch ist oben bereits unternommen worden [12]. Wenn man den dort gemachten Ausführungen folgt, so ist im Ergebnis auch die Verfassungsmäßigkeit dieser Ermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu bejahen.

2. Die Verfassungsmäßigkeit nach Art. 83 ff. GG

Als Bundesgesetz wäre das WSG und wären die auf Grund seiner Ermächtigungen von der Bundesregierung, vom Bundesminister für Wirtschaft, von einer Landesregierung oder von einem der Subdelegatare, insbesondere vom Bundesamt für die gewerbliche Wirtschaft, §§ 5, 15 WSG, erlassenen Rechtsverordnungen grundsätzlich von den Ländern als eigene Angelegenheit auszuführen, Art. 30, 83 GG. §§ 8, 9 und 16, 17 WSG treffen eine teilweise hiervon abweichende Regelung.

Es folgt wiederum aus der "Natur der Sache", daß, wenn schon Wirtschaftslenkung in erheblichem Umfang betrieben werden muß, eine zentrale und straffe Verwaltungsorganisation und verwaltungsmäßige Handhabung der Lenkungsmittel erforderlich ist, sollen Promptheit und Einheitlichkeit der Maßnahmen gewährleistet sein. Die Staatstätigkeit der Wirtschaftslenkung verträgt regionale Unregelmäßigkeiten innerhalb eines einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsgebietes, in welchem nach Art. 11 GG der Grundsatz der Freizügigkeit gilt, nur schwer, will sie nicht von vornherein mehr Schaden als

12) Oben S. 126 ff.

Nutzen anrichten. Denn würden beispielsweise in dem einen Bundesland günstigere Kontingente oder Bezugsbedingungen festgesetzt als in einem anderen, würden Bewirtschaftungsmaßnahmen hier später durchgeführt als dort, oder würden Ausnahmegenehmigungen im Süden öfter und unter leichteren Voraussetzungen erteilt als im Norden oder Westen, so würden die Marktteilnehmer bestrebt sein, ihre Tätigkeit nach dorthin zu verlegen und ihre Geschäfte dort abzuschließen, wo sie die günstigsten Bedingungen vorfänden. Zu den im ökonomischen Prozeß ohnehin vorhandenen Ungleichgewichten träten weitere, regional bedingte Störungen auf dem Gesamtmarkt. Hinzukommt, daß die Wirtschaftslenkung ein hohes Maß von Planung voraussetzt, die in einem einheitlichen Wirtschaftsgebiet der "Natur der Sache" nach nur zentral erfolgen kann. Planung drängt auf allen Gebieten, und die Wirtschaftslenkung drängt insbesondere zu einem gewissen Zentralismus [13].

So sieht § 8 Abs. 1 WSG vor, daß die Rechtsverordnungen, die innerhalb der Zielformel "Bedarfsdeckung für Zwecke der Verteidigung" ergehen, von den Ländern nicht als eigene Angelegenheit (Art. 83 GG), sondern als Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) ausgeführt werden. Es ist auch möglich, und für die Praxis wahrscheinlich, daß die Rechtsverordnungen vorsehen, daß der Bund sie in eigener Verwaltung ausführt. Ihm steht hierfür vor allem die Verwaltungskapazität des Bundesamtes für gewerbliche Wirtschaft zur Verfügung, das gerade auch im Hinblick auf die außerordentlichen Vollmachten des WSG als "organisatorisches Potential" geschaffen worden ist [14]. Der Regelung des § 8 Abs. 1 unterstehen nach § 16 Abs. 3 WSG auch solche Rechtsverordnungen, die, ursprünglich für Zwecke des § 14 erlassen, im Zeitpunkt eines eingetretenen oder drohenden Verteidigungsfalles nunmehr ebenfalls der Bedarfsdeckung nach § 1 WSG dienen, was regelmäßig der Fall sein dürfte. Alle diese Ausnahmen vom Grundsatz des Art. 83 GG sind durch Art. 87 b Abs. 2 Satz 1 GG gedeckt. Mit Art. 87 b Abs. 2 GG trägt die Verfassung der "Natur

13) Das zeigen auch die wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetze der Vergangenheit, siehe oben S. 79 ff.

14) KÖTTGEN, JöR Bd. 11 S. 267 für das WSG 1959.

der Sache" der Verteidigung dadurch Rechnung, daß nicht nur die rein militärische Verteidigung, sondern auch die damit untrennbar verbundenen "zivilen" Aufgaben der Verteidigung in die Verwaltungszuständigkeit des Bundes überführt werden.

Gemäß § 16 Abs. 1 WSG gilt für die Rechtsverordnungen nach § 14 zwar grundsätzlich Art. 83 GG, jedoch können die Rechtsverordnungen vorsehen, daß sie zentral vom Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft ausgeführt werden. Da dem Bund nach Art. 74 Nr. 11 GG die Gesetzgebungszuständigkeit für das "Recht der Wirtschaft" zusteht, konnte er nach Art. 87 Abs. 3 GG das Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft als Bundesoberbehörde errichten; der Bund kann dem Amt damit auch die Ausführung von Bundesgesetzen übertragen.

§§ 9, 17 Abs. 1 WSG sehen vor, daß Rechtsverordnungen der Bundesregierung oder des Bundesministers für Wirtschaft nach den §§ 1, 3, 4 und 14 WSG die Bestimmung enthalten können, daß der Bundesminister zur Ausführung der Rechtsverordnungen "Verfügungen" erlassen kann, wenn der zu erforschende Sachverhalt (das bezieht sich auf § 3 WSG), oder wenn sich die Auswirkungen der zu regelnden Angelegenheit auf mehr als ein Land erstrecken und der Zweck der Rechtsverordnungen durch eine "Einzelweisung" nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann.

Unter "Einzelweisungen" sind Verwaltungsanordnungen zu verstehen, also Rechtsakte, die sich nicht unmittelbar an die Gewaltunterworfenen, sondern die sich an andere Staatsbehörden richten, und zwar hier im Bund-Länder-Verhältnis vom Bundesminister für Wirtschaft an die zur Ausführung der Rechtsverordnungen zuständigen obersten Landesbehörden. Soweit die Ermächtigungen des WSG der Sicherstellung des Verteidigungsbedarfs dienen, also bei Rechtsverordnungen nach §§ 1 ff. WSG, führen die Länder die Rechtsverordnungen des Bundes nach § 8 Abs. 1 WSG als Bundesauftragsverwaltung aus. Art. 85 Abs. 3 und 87 b Abs. 2 Satz 2 gewähren hier den obersten Bundesbehörden das Recht zur Erteilung von Einzelweisungen. Im Bereich der landeseigenen Verwaltung bei der Ausführung von Sicherstellungsmaßnahmen in einer Versorgungskrise räumt § 17 Abs. 2 WSG die Befugnis zu Einzelweisungen ein. § 17 Abs. 2 ist durch Art. 84 Abs. 5 verfassungsrechtlich gedeckt. Nach dieser Vorschrift kann

mit Zustimmung des Bundesrates, die zum WSG erfolgt ist, der Bundesregierung die Befugnis zu Einzelweisungen für besondere Fälle verliehen werden. § 17 Abs. 2 bezieht sich auf solche "besonderen Fälle": Einzelweisungen sind zugelassen, wenn und soweit sie zum einheitlichen und planmäßigen Vollzug der Rechtsverordnungen geboten sind.

Bei den "Verfügungen" im Sinne der §§ 9 und 17 Abs. 1 WSG handelt es sich dagegen um unmittelbar an die betroffenen Wirtschaftssubjekte adressierte Akte, also um Verwaltungsakte und diesen gleichstehende Allgemeinverfügungen. Der Bundesminister für Wirtschaft übernimmt hier selbst die Ausführung der Verordnungen. Hiergegen ist verfassungsrechtlich nichts zu erinnern, soweit die Rechtsverordnungen ohnehin in bundeseigener Verwaltung ausgeführt werden können, also für das WSG im Bereich der Zielformel des § 1, vergleiche § 8 Abs. 1 WSG, Art. 87 b Abs. 2 GG.

Fraglich ist, ob ein Bundesminister auch im Bereich der landeseigenen Verwaltung nach Art. 83 GG Verwaltungsakte erlassen darf. Man wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher "Ministerialverwaltungsakte" [15], "überregionaler Verwaltungsakte" [16], für das WSG bejahen können [17], zumal die "Verfügungen" des Bundesministers nach § 17 Abs. 1 WSG subsidiär sind gegenüber den Einzelweisungen

---

15) Diesen terminus verwendet KÖTTGEN, JöR Bd. 11 S. 208 ff.

16) Das ist die übliche Bezeichnung für Verwaltungsakte eines Bundesministers im Bereich der Länderverwaltung, vergl. MAUNZ in Maunz-Dürig GG Art. 83 Randn, 31 ff.; BULLINGER, JuS 1964, 228 ff.; jeweils m.w.N. Der Begriff dürfte von FÜSSLEIN, DVBl. 1951, 33 ff. stammen. Er trifft den Sachverhalt nicht ganz richtig, da der überregionale Geltungs- und Wirkungsbereich des Aktes nichts über die Zuständigkeit zu seinem Erlaß aussagt, vergl. insoweit MAUNZ, aaO. Gleichwohl ist der Ausdruck noch prägnanter als der Ausdruck "Ministerialverwaltungsakte" und soll daher im folgenden verwendet werden.

17) Das BVerfG hat diese Frage bei der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des bizonalen Preisgesetzes hinsichtlich der dem § 17 Abs. 1 WSG ähnlichen Bestimmung des § 2 Abs. 2 lit. a PreisG offengelassen, E 8, 274, 331. Werner WEBER (Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1951, S. 81/82 Anm. 23) hat schon für § 3 des WSG 1951 ausgeführt, mit dieser Vorschrift werde der "überregionale Verwaltungsakt" gesetzlich anerkannt.

der Bundesregierung nach § 17 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 84 Abs. 5 GG.

In der Literatur wird heute überwiegend die Meinung vertreten, daß der Wortlaut des Art. 83 GG der Annahme einer stillschweigenden Bundeszuständigkeit auf dem Gebiet der gesetzesausführenden Verwaltung nicht grundsätzlich entgegensteht [18]. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dem angeschlossen [19]. Die Staatspraxis kennt den "überregionalen Verwaltungsakt" auch außerhalb der Sicherstellungsgesetze in einem erheblichen Umfang [20]. Unterschiedlich sind aber die Begründungen, die für die Zulässigkeit solcher Verwaltungsakte gegeben werden, und die Ansichten, wie weit der Kreis der Voraussetzungen zu ziehen ist, welche die Bundeszuständigkeit zu "überregionalen Verwaltungsakten" begründen können. Hierauf kann in Einzelheiten nicht eingegangen werden [21]. Einerseits ist zu beachten, daß, anders als unter der Weimarer Verfassung, die Art. 30, 83 GG eine beliebige Schaffung von Verwaltungszuständigkeiten des Bundes durch einfaches Gesetz verbieten [22]. Andererseits kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß das GG mit Art. 87 Abs. 3 selbst die Möglichkeit erheblicher Durchbrechungen des Grundsatzes der landeseigenen Verwaltung eröffnet hat, und daß es auch außerhalb der im GG ausdrücklich aufgeführten Materien Fälle geben kann, in welchen der Bund der "Natur der Sache" nach eine Zuständigkeit zum Erlaß von Verwaltungsakten durch seine Minister haben muß [23], wobei derartige Akte nur ausnahmsweise zu-

---

18) Vergl. zunächst die in Anm. 15, 16 und 17 genannten Autoren; ferner v. MANGOLDT, GG Art. 83 Anm. 2; E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 326 ff.; KÖLBLE, DöV 1963, 660 ff.; a.A. HAMANN, GG Art. 83 Anm. B 5.

19) BVerfGE 11, 6 ff.

20) Nach KATZENSTEIN, DöV 1958, 593, 602, wies das Register des Rechtsausschusses des Bundesrates schon 1958 23 Gesetze aus, bei denen der Ausschuß selbst keine Bedenken gegen die Zulässigkeit "überregionaler Verwaltungsakte" hatte.

21) Vergl. die Übersicht bei BULLINGER, JuS 1964, 228 ff.

22) MAUNZ in Maunz-Dürig, GG Art. 83 Randn. 31 und BULLINGER, JuS 1964, 232 unter Ablehnung der Argumentation des BVerfG in E 11, 6 ff.

23) Auf die "Natur der Sache" stellt vor allem v. MANGOLDT,

zulassen sind und damit vom Ergebnis her gesehen ein Minus gegenüber der Abweichung vom föderalistischen Prinzip im Wege des Art. 87 Abs. 3 GG darstellen [24]. Einer dieser Fälle ist die Wirtschaftslenkung in besonderen Gefahrensituationen für Wirtschaft und Staat.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang der vom Bundesverfassungsgericht in anderer Sache herausgestellte Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Verwaltungsvollzuges [25] nicht unbedingt maßgeblich. Denn auf diesen Gesichtspunkt könnte man stets zurückgreifen, weil gewisse regionale Differenzierungen in der Ausführung der Gesetze die notwendige Folge der vom Verfassungsgeber gewollten föderalistischen Struktur des Bundesstaates sind [26]. Dem Verfassungsgeber waren die Notwendigkeiten einer zentralen Wirtschaftslenkung zur Zeit der Beratungen des GG außerdem durchaus geläufig; gleichwohl hat er darauf verzichtet, in Art. 87 GG eine "Bundeswirtschaftsverwaltung" vorzusehen. Im übrigen wird dem Bund durch die Art und Weise der Fassung seiner Gesetze und mit Art. 84 Abs. 2 und Abs. 5 GG (Erlaß von Verwaltungsvorschriften, Herausgabe vom Einzelweisungen) die Möglichkeit eröffnet, einen weitestgehend einheitlichen Verwaltungsvollzug sicherzustellen. Schließlich kann er auch, wie es für das Gebiet der gewerblichen Wirtschaft mit der Errichtung des Bundesamtes für gewerbliche Wirtschaft geschehen ist, den Weg des Art. 87 Abs. 3 GG beschreiten, um eine möglichst gleichmäßige Handhabung der administrativen Lenkungsmittel zu erreichen. Es geht also bei § 17 Abs. 1 WSG nicht so sehr um die Einheitlichkeit des Verwaltungsvollzuges. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift ist auf einen anderen Gesichtspunkt zurückzugreifen. Die "Natur der Sache" der Wirtschaftslenkung erfordert nicht nur eine Widerspruchsfreiheit, sondern ebenso - und beim Beginn der Bewirtschafgung in erster Linie - die Schnelligkeit der staatlichen Reaktion. Diese

---

GG Art. 83 Anm. 2 ab; im Ergebnis wohl zustimmend KÖLBLE, DöV 1963, 667 ff. unter Bezugnahme auf BVerfGE 11, 89. 98 ff.; ferner BULLINGER, JuS 1964, 233.

24) Hierauf stellt besonders KÖTTGEN, JöR Bd. 11 S. 211 ab.

25) BVerfGE 11, 6 ff.

26) MAUNZ in Maunz-Dürig, GG Art. 83 Randn. 31 und BULLINGER, Jus 1964, 232 unter Ablehnung der Argumentation des BVerfG in E 11, 6 ff.

Schnelligkeit ist am besten gewährleistet, wenn diejenige Stelle, welche die generellen Regelungen (die Rechtsverordnungen nach § 14 WSG) selbst erarbeitet hat und über die umfangreichsten Unterlagen verfügt, ausnahmsweise auch die Ausführung der Maßnahmen für den Einzelfall übernimmt. Das kommt der "Natur der Sache" nach nur dann in Betracht, wenn Wirtschaftsregulierungen plötzlich eingeführt werden müssen, und auch hier nur dann, wenn ein überschaubarer Kreis von Großunternehmen betroffen ist. Wird von den Ermächtigungen des § 14 WSG schon längere Zeit Gebrauch gemacht und hat sich auch die verwaltungsmäßige Durchführung der Lenkung eingespielt, so wird die Notwendigkeit, "überregionale Verwaltungsakte" zu erlassen, in der Regel entfallen, so daß § 17 Abs. 1 WSG in der Tat lediglich eine Ausnahmevorschrift ist, wie es von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung für die Zulässigkeit von Ermächtigungen zu "überregionalen Verwaltungsakten" gefordert wird.

Nach alledem sind keine durchgreifenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des WSG unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungszuständigkeiten im Bund-Länder-Verhältnis nach Art. 83 ff. GG geltend zu machen.

3. Die Verfassungsmäßigkeit nach Art. 2 Abs. 1, Art. 12, 14, 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG

Die §§ 1 und 14 WSG greifen, weil sie nur Ermächtigungen enthalten, nicht unmittelbar in die Grundrechte des GG ein. Nicht zweifelhaft kann dagegen sein, daß so gut wie alle im Programm des WSG vorgesehenen Bewirtschaftungsmaßnahmen entweder die allgemeine Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet, oder die Berufsfreiheit, oder das Grundrecht des Eigentums, oder alle drei Grundrechte kumulativ berühren. Der Frage, inwieweit bei den für die Praxis vorstellbaren Rechtsverordnungen im einzelnen Verletzungen der Grundrechte vorkommen können, ist hier nicht näher nachzugehen. Es mag der Hinweis genügen, daß die angezogenen Grundrechte der Begrenzung durch die "verfassungsmäßige Ordnung" (Art. 2 Abs. 1) oder die "Gesetze" (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 und Art. 14 Abs. 1 Satz 2) unterliegen. In Lehre und Rechtsprechung ist es einhellige Meinung, daß die Grundrechte des GG der Staatstätigkeit der Wirtschafts-

lenkung und dabei auch der Bewirtschaftung im Grundsätzlichen nicht im Wege stehen [27].

Die herrschende Meinung begründet die Zulässigkeit der mit der Wirtschaftslenkung notwendigerweise verbundenen Begrenzung der Grundrechtssphäre mit der sogenannten "Gemeinwohlklausel" [28]. Hiernach ist eine in Freiheit und Eigentum "eingreifende" Wirtschaftslenkung nur zulässig, "soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert" [29]. Dieser Begründung soll hier gefolgt werden [30]. Bemerkenswert ist, daß - soweit ersichtlich - in der Literatur die "Gemeinwohlklausel" für den Bereich der Wirtschaftslenkung nur mit dem Blick auf die Wirtschaftslenkung zu zivilen Zwecken, also etwa im Rahmen der Zielformel des § 14 WSG, gesehen wird. Lediglich HAMANN [31] ist in seiner Kritik des WSG 1956 darauf eingegangen, ob das Sozialstaatsprinzip (und die - auch - aus diesem Prinzip hergeleitete Gemeinwohlklausel) eine Wirtschaftslenkung zu Verteidigungszwecken rechtfertigen könne. HAMANN hat diese Frage verneint und das WSG 1956 deswegen für verfassungswidrig gehalten. Es mag indes dahingestellt bleiben, inwieweit die Erfordernisse der Landesverteidigung den "Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter" betreffen; denn eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der grundrechtsbegrenzenden Wirtschaftslenkung ist insoweit auch ohne Rückgriff auf die - insgesamt doch recht vage - Gemeinwohlklausel aus der Verfassung selbst möglich. Mit Art. 17 a Abs. 2 GG hat der Verfassungs(-änderungs)-gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, daß die Erfordernisse der Landesverteidigung nicht nur auf rein militärischem Gebiet, und hierbei kommt nur eine Verteidigung, nicht ein Angriffskrieg in Betracht, Art. 26

---

27) Statt aller: DÜRIG in Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Randn. 43 ff.; E.R. HUBER, DöV 1956, 137 ff.; HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht S. 50; RAISER, JZ 1958, 1 ff.; RINCK, Lehrb. Randn. 86 ff., 314, 327 u.ö.; NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 59 f.; BVerfGE 4, 7 ff.; 7, 377 ff.; 8, 274, 328 ff.; 13, 97, 104; 18, 315, 327 ff.

28) Vergl. die Fundstellen in Anm. 27.

29) So die Formulierung von NIPPERDEY, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 60, die sich an BVerfGE 7, 377, 405 anlehnt.

30) Siehe aber gleich unten S. 180 ff.

31) BB 1957, 97.

Abs. 1 GG, die Einschränkung von Grundrechten rechtfertigen (spezieller Gesetzesvorbehalt). Hieraus ist zu schließen, daß eine Begrenzung ohnehin schon unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt stehender Grundrechte im Rahmen einer Verteidigungswirtschaft und auch einer Kriegswirtschaft verfassungsrechtlich zulässig ist, und ferner, daß die Erfordernisse der Verteidigungs- und Kriegswirtschaft zur "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG gehören.

Verfassungsrechtlich unbedenklich ist es, daß das WSG die Möglichkeit der Begrenzung der Grundrechtssphäre der Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG im Gesetz selbst nicht nennt. Denn soweit die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit durch die verfassungsmäßige Ordnung begrenzt ist, und soweit die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht durch den einfachen Gesetzgeber näher konkretisiert werden dürfen, liegt der Tatbestand des Art. 19 Abs. 1 GG - "Einschränkung" von Grundrechten - nicht vor [32]. Falls sich Maßnahmen auf Grund des WSG oder auf Grund von auf das WSG gestützten Rechtsverordnungen ausnahmsweise, gewissermaßen unbeabsichtigt [33], als Enteignungen darstellen, so genügt § 20 WSG der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG. Der enteignende Charakter solcher Maßnahmen wäre im übrigen durch Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG gedeckt, weil wenigstens im vornhinein nicht bestritten werden kann, daß Maßnahmen zur Steuerung von Versorgungskrisen und zur Sicherstellung des Verteidigungsbedarfs im Interesse des Gemeinwohls im Sinne des Enteignungsrechts liegen.

In Bezug auf die Grundrechte könnte die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungen der §§ 1 und 14 WSG hiernach nur insoweit in Zweifel gezogen werden, als aus den Ermächtigungen die Maßnahmekompetenz der Exekutive zum Erlaß auch solcher Regelungen herausgelesen würde, die den Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG antasten. Es dürfte jedoch richtiger sein, jedes Ermächtigungsgesetz, das die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen enthält, durch welche die Grundrechte des GG berührt werden können, "ver-

---

32) MAUNZ, Deutsches Staatsrecht S. 119 f.; das ist für Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG bestritten; wie hier jedoch BVerfGE 7, 377, 403 f.; 13, 97, 122. a.A. wiederum HAMANN, BB 1957, 96.

33) Oben S. 131 f.

fassungskonform" dahin auszulegen, daß die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 respektiert ist; mit anderen Worten: Art. 19 Abs. 2 ist stillschweigend Bestandteil von Inhalt und Ausmaß der Ermächtigungen im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, weil der Gesetzgeber nicht mehr Kompetenz delegieren kann, als er hat. Aber selbst wenn man diesen Gesichtspunkt außer Acht läßt und sich - wie das Bundesverfassungsgericht [34] - auf eine Prüfung dahingehend einläßt, ob durch ein Ermächtigungsgesetz der Wesensgehalt von Grundrechten verletzt wird, so müßte im Ergebnis festgestellt werden, daß die Ermächtigungen des WSG den Wesensgehalt der hier relevanten Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG nicht antasten.

Schon der "Natur der Sache" nach sind kurzfristige Maßnahmen der ablaufspolitischen Mengenregulierung im Rahmen der Zielformeln der §§ 14, 2 Abs. 2 WSG (Bedarfsdeckung in einer Versorgungskrise und im Rahmen der Verteidigungswirtschaft), die dem Vorrang der Marktwirtschaft verpflichtet sind, nicht geeignet, den Wesensgehalt eines wirtschaftlichen Freiheitsrechts anzutasten [35], zumal die hierfür in Betracht kommenden Maßnahmen des Katalogs des § 1 Abs. 1 Satz 1 WSG erheblich eingeschränkt sind. Das bedarf keiner weiteren Begründung und auch nicht eines Eingehens auf die schwierige Frage, was denn eigentlich unter dem "Wesensgehalt" eines Grundrechts zu verstehen sei.

Für das WSG könnte das Problem der Verletzung des Wesensgehalts aber vielleicht im Rahmen des Transformationsproblems akut werden. Eine totale Kommandowirtschaft zerstört auf die Dauer die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit und auch das Eigentumsrecht substantiell [36]. Wie bereits wiederholt gesagt [37], ist theoretisch die Möglichkeit gegeben, daß durch die Bewirtschaftungsmaßnahmen der Exekutive nach dem WSG unsere überwiegend marktwirtschaftlich koordinierte und freiheitlich organisierte Wirtschaftsordnung in eine "Kommandowirtschaft" transformiert wird. Es handelt sich hier-

---

34) BVerfGE 8, 274, 328 f.; vergl. ebenso HAMANN, BB 1957, 97 und RIDDER, AöR Bd. 87 S. 328 ff.

35) BVerfGE 8, 274, 328 f. für binnenwirtschaftliche Preisregulierungen; zustimmend RIDDER, AöR Bd. 87, S. 328 ff.

36) Oben S. 40 ff.

37) Oben S. 60, 95 und die dortigen Anmerkungen.

bei aber bloß um eine Möglichkeit der Transformation, die durch die Kautelen der §§ 2 und 14 [38], 6, 7 und 15 WSG [39] weitgehend ausgeschaltet wird. Tritt eine Transformation in eine verfassungswidrige Zentralverwaltungswirtschaft [40] trotz dieser Kautelen ein, so liegt das nicht an einer mangelhaften Formulierung der Ermächtigungen des WSG, an einem Versagen des Gesetzgebers des WSG, sondern am Versagen der parlamentarischen Kontrolle des Verordnungsgebers durch Bundestag und Bundesrat. Diese Gefahr der Transformation ist bei jedem eine Maßnahmekompetenz institutionalisierenden Ermächtigungsgesetz gegeben, mögen die Richtlinien des Gesetzes zur Konkretisierung von "Inhalt, Zweck und Ausmaß" noch so präzise formuliert sein. Aus der bloßen Möglichkeit des rechtswidrigen Mißbrauchs einer Ermächtigungsnorm kann aber nicht auf ihre Verfassungswidrigkeit geschlossen werden.

Für den Fall einer Kriegswirtschaft, so wurde oben ausgeführt [41], kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Wirtschaft zentralverwaltungswirtschaftliche Züge bekommt. Fraglich ist, ob insoweit eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG durch die Ermächtigungen des § 1 WSG vorliegen könnte.

Zum Begriff des Wesensgehalts lassen sich in Lehre und Rechtsprechung vornehmlich drei Theorien unterscheiden, nämlich (1) die Theorie eines absoluten, (2) eines relativen und (3) eines absoluten, aber durch "immanente Grundrechtsschranken" letztlich doch relativierten Wesensgehalts. Daneben steht eine vierte Auffassung, welche die Begrenzung der Befugnisse des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich aus den Grundrechten selbst, aus ihrem "Institutscharakter", ableitet.

Nach der Theorie des absoluten Wesensgehalts [42] sind unter "Wesensgehalt" jene Eigenschaften zu verstehen, welche die Natur, die

---

38) Oben S. 132 ff., 146 ff.

39) Oben S. 165 f.

40) Oben S. 40 f. mit Anm. 34. Zur Verfassungswidrigkeit einer Zentralverwaltungswirtschaft auch BVerfGE 11, 150, 164 (Keine Vollstreckung wirtschaftsstrafrechtlicher Urteile der DDR in der BRD.).

41) Oben S. 44 ff.

42) WERNICKE im Bonner Kommentar, Art. 19 Anm. II 2 a; Herbert KRÜGER, DöV 1955, 597 ff. (anders in der "Allgemeinen Staatsleh-

Grundsubstanz des einzelnen Grundrechts ausmachen. Der Wesensgehalt wird hiernach angetastet, wenn auch nur eine der als wesentlich erkannten Eigenschaften durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beeinträchtigt wird. Die Frage, ob der Wesensgehalt angetastet wird, beurteilt sich also "nicht nach dem Zweck und Grund der Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht übrigbleibt" [43]. Noch so "überragend wichtige" Gemeinschaftsinteressen haben hier vor den Grundrechten des GG haltzumachen. Die "Gemeinwohlklausel"findet spätestens hier die Grenze ihrer Anwendbarkeit.

Nach der Theorie des relativen Wesensgehalts wird ein Grundrecht "durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet"[44].

Nach der dritten Theorie "gehört es zum Inbegriff der Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft wichtigen Rechtsgüter gefährdet werden"[45], woraus folgt, daß der Gesetzgeber die Grundrechte insoweit "einschränken" kann, ohne ihren Wesensgehalt anzutasten [46].

Die vierte, am folgerichtigsten von HÄBERLE [47] vertretene Auffassung geht davon aus, daß alle Grundrechte als Institute zu begreifen seien. Die Grundrechte sind hiernach der Ausgestaltung und Be-

---

re", S. 537, 553 ff. unter verfassungspolitischem Aspekt); E.R. HUBER, DöV 1956, 142 f.; v. MANGOLDT - KLEIN, GG Art. 19 Anm. V 4.

43) v. MANGOLDT - KLEIN, aaO (Anm. V 4 a).

44) BGH, Gutachten des 1. Zivilsenats v. 25.1.1954, BGHSt 4, 375, 377; ferner: BGHZ 30, 338, 341 f. m.w.N.; BGHSt 13, 190, 194.

45) BVerwG, Urt. v. 10.3.1954, E 1, 92, 93 f.; ferner E 11, 95, 96 m.w.N. aus der Rspr. des Gerichts.

46) Ähnlich MAUNZ, Deutsches Staatsrecht S. 119; DÜRIG, AöR Bd. 79, 57 ff., 80 f.

47) HÄBERLE, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, pass., insbesondere S. 70 ff., 180 ff.

grenzung durch den Gesetzgeber fähig und vor allem auch bedürftig: nur wenn der Gesetzgeber dem an ihn gerichteten Auftrag zur Gesetzgebung im Grundrechtsbereich nachkommt, gewinnen die Grundrechte durch die Einbettung in ein Normengeflecht ihr Leben und ihre verfassungsrechtliche Bedeutung. Der Gesetzgeber hat also bei seinen Normierungen im Grundrechtsbereich zu beachten, daß die Grundrechte als Institute nicht angetastet, daß ihre institutionelle Seite nicht in Frage gestellt wird [48]. Hierbei dürfen indes nach HÄBERLE die Grundrechte nicht einzeln und je für sich, sondern sie müssen immer mit Blick auf das Ganze der Verfassung, die "Gesamtheit der verfassungsrechtlich legitimierten Rechtsgüter", gesehen werden. So begrenzen sich die Grundrechte als Institute gegenseitig, erhalten aus der Gesamtheit der Verfassungsrechtssätze "immanente Grenzen". Im Ergebnis ebenso wie das Bundesverwaltungsgericht bejaht daher auch HÄBERLE die Anwendung des Prinzips der Güterabwägung im Grundrechtsbereich: die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter relativieren sich gegenseitig [49]. Das kann dazu führen, daß, sofern nur die institutionelle Seite des Grundrechts nicht in Frage gestellt wird, im Einzelfall die restlose Entziehung der subjektiven Grundrechtsberechtigung zulässig ist [50].

Richtig kann allein die Meinung sein, daß unter "Wesensgehalt" ein nicht mehr durch irgendwelche Klauseln des Gemeinwohls oder der Rechte anderer zu relativierender Wesenskern ist, ein absolutes Minimum des grundgesetzlich garantierten Rechts, das allerdings nicht so sinnentleert sein darf, daß es den Namen eines Rechts nicht mehr führen könnte [51]. Es heißt in Art. 19 Abs. 2 GG: "In keinem Falle darf ...". Es darf mithin auch dann nicht ein Grundrecht eingeschränkt werden, wenn dies "dem Volke" noch so sehr nützen würde. Ein Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann also, wie immer er geartet sein möge, nicht zur Interpretation des Art. 19 Abs. 2 GG herangezogen werden. "Denn dieser Grundsatz verbietet die Verfolgung keines Zieles, vorausgesetzt lediglich, daß es ökonomisch

48) aaO S. 122 ff.

49) aaO S. 51 ff.

50) aaO S. 125.

51) E.R. HUBER, DöV 1956, 143; v. MANGOLDT - KLEIN, GG Art. 19 Anm. V 4 d. Vergl. auch BVerfGE 7, 377, 409, 411; 8, 274, 328; OVG Münster, DöV 1954, 629.

verfolgt wird, während die Unantastbarkeit des Wesensgehalts besagt, daß selbst das nützlichste Ziel und das sparsamste Mittel einen staatlichen Eingriff in die bürgerliche Freiheitssphäre nicht rechtfertigen können ..." [52]. Ähnliches gilt von der Lehre von den "immanenten Grundrechtsschranken" [53]. Auch mit ihr darf nicht eine allumfassende Kompetenz des organisierten Gemeinwesens zur Ausschaltung jeder Freiheit des einzelnen unter Berufung auf Ziele der Gefahrenabwehr für das Gemeinwesen begründet werden [54].

Vorstehenden Einwänden ist die Auffassung HÄBERLES nicht in gleichem Maße ausgesetzt. Denn in ihr ist insofern eine "Theorie des absoluten Wesensgehalts" enthalten, als eben die institutionelle Seite der Grundrechte nicht in Frage gestellt werden darf - und die Grundrechte sind als Institute nur solange nicht angetastet, wie eine unbestimmte Vielzahl von Grundrechtsberechtigten auf die Dauer gesehen die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit haben, von ihrer Berechtigung auch Gebrauch zu machen, ihr gemäß zu leben. Zweifelhaft ist aber, ob der Grundsatz der Güterabwägung hiermit uneingeschränkt vereinbar ist, und ob er stets und für alle Grundrechte gleichermaßen angewendet werden kann. Das Grundgesetz selbst enthält für die Lösung gerade der schwerwiegenden Konfliktsfälle zwischen den Rechten des Individuums und den Belangen der Gesamtheit kaum hinreichende Kriterien dafür, welches Rechtsgut, beispielsweise das der Meinungsfreiheit im Verhältnis zu dem der "Erhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung", "höherwertig" ist [55]. Das Prinzip der Güterabwägung ist zweischneidig, wenn über eine allgemeinverbindliche Rangordnung der Werte keine Einigkeit besteht. Man wird nicht sagen können, daß das Grundgesetz diese Einigkeit in vollem Umfang geschaffen hätte. Aus diesem Grunde kann dem Prinzip der Güterabwägung nicht der Rang für die Ermittlung der Grundrechtsbegrenzungen zugebilligt werden, den HÄBERLE ihm gibt.

---

52) Herbert KRÜGER, DöV 1955, 598.

53) Wie sie von DÜRIG, MAUNZ und dem BVerwG, jeweils aaO (Anm. 45 und 46) vertreten wird.

54) Herbert KRÜGER, DöV 1955, 597.

55) Vergl. dazu die Ausführungen HÄBERLES über das Verhältnis von Art. 19 Abs. 2 GG zum Staatsnotstandsrecht: Höherwertigkeit der "Erhaltung der Verfassung" in jedem Fall, der von der "Normallage" abweicht (aaO S. 55 mit Anm. 308).

Ist hiernach von der "Theorie des absoluten Wesensgehalts" auszugehen, so ist doch zu bedenken, daß das Leben des einzelnen wie auch das des Staates in der Dimension der Zeit geschieht und nur in ihr seinen Sinn erhält. Da sich die Verwirklichung der mit den Grundrechten gewährten Chancen zur Lebensgestaltung durch den lebenden Menschen nur "auf eine gewisse Dauer gesehen" vollziehen kann, ist auch die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 unter Beachtung der Dauer der Grundrechtseinschränkung zu verstehen und zu würdigen. Dieser Gedanke kann im Rahmen der Aufgabenstellung nicht weiter vertieft werden. Aus ihm ergibt sich jedoch, daß eine nur vorübergehende Einschränkung der Grundrechte ihren Wesensgehalt nicht unbedingt antasten muß. Die Frage, was denn nach der Einschränkung von einem Grundrecht übrigbleibe, ist nicht für jede "logische Sekunde" zu stellen und zu beantworten. Es ist zuzugeben, daß dieser Gesichtspunkt recht vage und noch einer näheren Konkretisierung bedürftig ist. Er wird auch nicht für alle Grundrechte gleichermaßen zutreffen können, man denke nur an ein so empfindliches Grundrecht wie das des Art. 10 GG oder an das Recht der freien Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 GG. Im hier interessierenden Zusammenhang der wirtschaftlichen Freiheitsrechte wird man jedoch im Ergebnis sagen können, daß der Umstand, daß eine Kriegswirtschaft nicht um ihrer selbst willen, sondern immer nur limitiert nach Zweck und zeitlicher Dauer und unter möglichster Schonung der eigentlichen Struktur der Wirtschaftsordnung besteht [56], letztlich die Annahme zu rechtfertigen vermag, daß mit den durch sie bedingten Grundrechtsbegrenzungen und -einschränkungen der Wesensgehalt der einschlägigen wirtschaftlichen Grundrechte nicht verletzt wird.

Im übrigen wäre es auch ein eigenartiges Ergebnis, die Beschränkungen und Opfer, welche die Wirtschaft und die Freiheit im ökonomischen Bereich für die Zwecke der Verteidigung hinzunehmen haben, nach Art. 19 Abs. 2 GG für verfassungswidrig zu halten, während man nicht umhin kann, die viel einschneidenderen Beschränkungen der persönlichen Freiheit und die viel schwerer wiegenden Opfer, die dem Wehrpflichtigen im Frieden und vor allem dem Soldaten im Kriege abverlangt werden, als durch das positive Verfassungsrecht gedeckt anzusehen.

---

56) Oben S. 45 f.

Sind die Ermächtigungen des WSG also auch insoweit verfassungsmäßig, als sie die Kriegswirtschaft betreffen, so ergibt sich dennoch, eben aus Art. 19 Abs. 2 GG, eine Grenze der Anwendbarkeit des WSG. Solange keine unmittelbare Aussicht besteht, daß der Ausnahmezustand des Krieges aus der Realität dieser Welt verschwindet, wird sich auch das Recht damit abzufinden haben, daß Staaten und Völker Kriege führen oder sich zumindest auf den Kriegsfall einrichten und hierbei dem Menschen Opfer abverlangen. Dem Recht bleibt aber die Aufgabe, den Ausnahmezustand des Krieges zu bändigen. Nicht jeder Krieg und nicht jedes Opfer sind zu rechtfertigen. Schon der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet von Rechts wegen, ebenso wie die politische Verkunft aus anderen Gründen, daß der Staat den Krieg, notfalls durch eine bedingungslose Kapitulation, zu beenden hat, wenn keine Aussicht mehr besteht, ihn zu "gewinnen" oder vom Gegner günstigere Waffenstillstandsbedingungen zu erreichen. Darüber hinaus gilt die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG absolut, also auch im Kriege. Sie verbietet, daß der Staat den Krieg "total" führt, selbst auch dann, wenn die Mehrheit des Volkes es so wollte. Wenn die freiheitlich-demokratische Grundordnung des GG nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts [57] eine wertgebundene Ordnung und das Gegenteil des totalen Staates ist, dann darf die Bundesrepublik auch im Kriege kein totaler Staat sein, was die Voraussetzung für eine totale Kriegführung und eine totale Kriegswirtschaft wäre, mag auch im Ergebnis die Verteidigung oder die "Strategie der Abschreckung" darunter leiden. Im Zusammenhang mit diesem Grundsatz setzt Art. 19 Abs. 2 GG wie jeder Verteidigung auch der wirtschaftlichen eine Schranke. Die hier bestehenden Grenzen der Rechtmäßigkeit sind naturgemäß sehr schwer zu ziehen und noch schwerer durchsetzbar. Sie können im Grunde nur aus dem kulturellen und sittlichen Bewußtsein von Regierenden und Regierten, in dem auch eine "Rechtskultur" ihren Platz haben muß, gefunden und innegehalten werden. Sie näher zu konkretisieren ist nicht mehr Aufgabe der vorliegenden Arbeit. Daß es rechtliche Grenzen der Verteidigung gibt, und daß das WSG zu ihrer Überschreitung wie andere Gesetze auch mißbraucht werden könnte, berührt die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes nicht.

---

57) BVerfGE 2, 1, 12; vergl. auch BVerfGE 3, 58, 118; 5, 85, 112, 140.

Als Ergebnis der Erörterungen kann festgestellt werden, daß Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit der Ermächtigungen des WSG nach Art. 2 Abs. 1, Art. 12, 14, 19 Abs. 1 und Abs. 2 GG nicht ersichtlich sind. Da auch nach Art. 80, 83 ff. GG keine durchgreifenden Bedenken gefunden wurden, wird man die Ermächtigungen des WSG insgesamt für verfassungsmäßig erachten können.

Zusammenfassung

I.

1. Bei der Auslegung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normen kommt der "Natur der Sache" eine wesentliche Bedeutung zu. Das Denken aus der "Natur der Sache" ist jedoch juristisches Denken. In ihm begegnen sich zwar Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, die Wirtschaftswissenschaften haben aber nur den Rang einer, wenn auch unentbehrlichen, Hilfswissenschaft.

2. Der Begriff der Wirtschaftslenkung hat darauf aufzubauen, daß es nach einhelliger Meinung der Wirtschaftswissenschaften durch staatliche Rechtsetzung unbeeinflußte Wirtschaftsordnungen nicht mehr gibt und heute auch gar nicht geben darf. Der Begriff "Interventionismus" sollte daher zur Bezeichnung der Staatstätigkeit der Lenkung der gesamtwirtschaftlichen Produktionskapazität auf ökonomische oder außer-ökonomische Ziele nicht mehr verwendet werden. Die Wirtschaftslenkung dient der Bedarfsdeckung und unmittelbar wie mittelbar der Sicherung von sozialer Gerechtigkeit und sozialem Frieden, damit im Ergebnis der Freiheit und Würde des Menschen. Das Recht der Wirtschaftslenkung ist daher kein Recht minderer Qualität. Den Maßnahmen der Wirtschaftslenkung wird ihr Rechtswert durch die Substantialität des Wirtschaftsrechts vermittelt.

3. Art. 80 GG läßt wirtschaftslenkende Ermächtigungsgesetze zu. Wegen der Erfordernisse des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG können diese Ermächtigungsgesetze jedoch nur die wirtschaftslenkende Ablaufspolitik betreffen und sollten eine Bindung des Verordnungsgebers an eine ordnungspolitische Konzeption des Gesetzgebers enthalten. Durch Befristungen des Gesetzes oder der nach ihm zugelassenen Regelungen durch das Gesetz oder durch eine wirksame parlamentarische Kontrolle des Verordnungsgebers (Zustimmungserfordernisse, Aufhebungsrechte) sollte dafür Sorge getragen werden, daß durch die Tätigkeit der Exekutive die ordnungspolitische Vorentscheidung des Gesetzgebers nicht ohne dessen Willen transformiert wird.

II.

1. Das WSG ist das erste der wirtschaftslenkenden Ermächtigungsgesetze der neueren Zeit, das kein Maßnahmegesetz ist. Mit ihm wird eine richtliniengebundene Maßnahmekompetenz institutionalisiert.

2. Das WSG betrifft auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft die mikroökonomisch ansetzende Ablaufspolitik, und zwar, mit der Ausnahme der Ermächtigung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 WSG, ausschließlich Mengenregulierungen; es betrifft mit § 1 Abs. 2 ferner die makroökonomische Ablaufspolitik. Es enthält keine Ermächtigungen zur Preislenkung und zum gelenkten Einsatz von Arbeitskräften. Zweck der Ermächtigungen ist die Bedarfsdeckung für (nicht nur militärische) Aufgaben der Verteidigung und in Versorgungskrisen, nicht etwa die ordnungspolitische Umgestaltung der Wirtschaft. Dieser Zweck sowie Inhalt und Ausmaß der Ermächtigungen sind aus dem WSG hinreichend bestimmbar. Der Verordnungsgeber hat sich stets an einer Normalsituation der Wirtschaft zu orientieren. Die Ermächtigungen des WSG dürfen nicht zu einer Steigerung der Versorgung mit Gütern und Leistungen über das zur Zeit gegebene Maß hinaus benutzt werden.

3. Die Bezugnahme auf eine ordnungspolitische Konzeption des Gesetzgebers erfolgt in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und in § 14 WSG mit der Statuierung des Vorrangs der "marktgerechten Maßnahmen" vor den Lenkungsmitteln des Gesetzes. Hiermit wird zweierlei gesagt: erstens sollen die Ermächtigungen des Gesetzes nicht dazu dienstbar gemacht werden, eine überwiegend marktwirtschaftlich koordinierte Wirtschaft absichtlich, nur um der Sache selbst willen, in eine verwaltungsmäßig koordinierte zu transformieren; zweitens muß im Einzelfall das "marktgerechte" Mittel innerhalb des Programms der Systemerhaltung bevorzugt werden.

   Der Gesetzesbegriff "marktgerechte Maßnahmen" beruht auf dem Konformitätsbegriff der ordoliberalen Theorie der Wirtschaftspolitik. Der wirtschaftswissenschaftliche Betriff ist in das WSG nicht in seiner vollen Tragweite übernommen. Nach der ratio

legis des WSG haben die Fernwirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen für die Beurteilung der "Marktgerechtigkeit" nach dem WSG auszuscheiden.

Der Vorrang der marktgerechten Maßnahmen dient nicht nur der Abgrenzung der der Exekutive delegierten Kompetenzen von den bei der Legislative verbliebenen, sondern zugleich dem Schutz der einzelnen Marktteilnehmer, indem er erstens eine Art Plangewährleistung darstellt und zweitens die Exekutive verpflichtet, den in der Regel die allgemeine Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet (Art. 2 Abs. 1 GG) weniger beeinträchtigenden Maßnahmen der ablaufspolitischen Wirtschaftslenkung den Vorrang vor denen des Katalogs des § 1 WSG zu geben. Geschütztes Rechtsgut ist nicht nur der anonyme Markt- und Preismechanismus. Da jedoch der Konformitätsbegriff der ordoliberalen Theorie vor allem auf ordnungspolitischem Gebiet mit dem Inhalt des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht voll übereinstimmt, hat der Gesetzesbegriff der marktgerechten Maßnahmen als Rechtsbegriff außerhalb des WSG keine rechtsdogmatische Bedeutung.

4. Die Ermächtigungen des WSG sind nach Art. 80, 83 ff., Art. 2 Abs. 1, Art. 12, 14, 19 Abs. 1 und Abs. 2 verfassungsmäßig.

Lebenslauf

Als zweiter Sohn des Geologen Dr. Carl Schmidt und seiner Ehefrau Ida, geborene Pflughöft, wurde ich am 30. September 1938 in Hannover geboren. Nach Aufenthalten in Wien, in Hamburg und in Sülbeck im Kreis Einbeck besuchte ich das Gymnasium in Einbeck von Ostern 1948 bis zum Herbst 1949 und anschließend bis zur Reifeprüfung im März 1957 das neusprachliche mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium (Hermann Billung-Schule) in Celle. Mein Hauptwohnsitz ist seit 1949 in Westercelle, Kreis Celle.

Ich begann mit dem Studium der Rechtswissenschaft im Sommersemester 1957 an der Universität Göttingen, studierte je ein Semester in Hamburg und München und beendete mein Studium an der Universität Göttingen mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Celle im Dezember 1961. Ende 1966 bestand ich das Assessorexamen beim Justizministerium in Hannover.

Zu dem Thema meiner Dissertation wurde ich von Herrn Professor Rinck in Göttingen im Jahre 1962 angeregt. Ich danke ihm und Herrn Professor Badura für die Förderung, die sie der Arbeit zuteil werden ließen.